UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

DE LA
RESPONSABILITÉ CIVILE
DES FONCTIONNAIRES
DE L'ORDRE ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE
ENVERS LES PARTICULIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

M. R. de NESMES-DESMARETS

DOCTEUR EN DROIT (ÈS-SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES)

MONTPELLIER
IMPRIMERIE FIRMIN, MONTANE ET SICARDI
Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson
—
1910

THÈSE

POUR LE DOCTORAT

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER — FACULTÉ DE DROIT

DE LA

RESPONSABILITÉ CIVILE

DES FONCTIONNAIRES

DE L'ORDRE ADMINISTRATIF ET JUDICIAIRE

ENVERS LES PARTICULIERS

THÈSE POUR LE DOCTORAT ÈS-SCIENCES JURIDIQUES

PAR

M. R. de NESMES-DESMARETS

DOCTEUR EN DROIT (ÈS-SCIENCES POLITIQUES ET ÉCONOMIQUES)

MONTPELLIER

IMPRIMERIE FIRMIN, MONTANE ET SICARDI

Rue Ferdinand-Fabre et Quai du Verdanson

—

1910

UNIVERSITÉ DE MONTPELLIER

FACULTÉ DE DROIT

MM. Vigié, Doyen, professeur de Droit civil, chargé du cours d'Enregistrement.

Brémond, Assesseur, professeur de Droit administratif.

Glaize, professeur honoraire.

Laborde, professeur de Droit criminel, chargé du cours de Législation et Economie industrielles.

Charmont, professeur de Droit civil.

Chausse, professeur de Droit romain.

Valéry, professeur de Droit commercial, chargé du cours de Droit international privé.

Perreau, professeur de Procédure civile.

Margat, professeur de Droit civil.

Moye, professeur de Droit international public.

Rist, professeur d'Economie politique.

Barthélemy, agrégé, chargé du cours de Droit constitutionnel

Giffard, agrégé, chargé du cours d'Histoire générale du Droit.

Morin, agrégé, chargé du cours de Droit Civil approfondi.

Bridrey, agrégé, chargé du cours de Droit romain.

Nogaro, agrégé, chargé du cours d'Économie politique.

Rochette, secrétaire.

MEMBRES DU JURY :

MM. Moye, *président.*
Chausse,
Barthélemy, } *assesseurs.*

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

DE LA

RESPONSABILITÉ CIVILE

DES FONCTIONNAIRES

DE L'ORDRE ADMINISTRATIF & JUDICIAIRE

ENVERS LES PARTICULIERS

INTRODUCTION

A notre époque, où le nombre des attributions de l'Etat va sans cesse croissant, croît incessamment aussi, et par voie de conséquence, le nombre des fonctionnaires. Chaque service nouveau qui devient service d'Etat, en augmente le nombre. On peut dire, sans pouvoir être taxé d'exagération, qu'un particulier, à chaque instant de sa vie, se trouve en rapport avec un agent de l'Etat. Le nombre des fonctionnaires tendant sans cesse à s'accroître, les points de contact entre les simples citoyens et l'Etat suivent aussi la même progression.

Un particulier donc, peut-on dire, court beaucoup plus de risques d'être lésé par un acte d'un fonctionnaire, qu'il n'en courait il y a vingt ans. Et en ce moment, où les fonctionnaires réclament

à grand cris des garanties vis-à-vis de l'Etat, un statut légal; en ce moment, les particuliers peuvent se demander quelles sont leurs garanties, à eux, vis-à-vis des actes des agents de l'Etat.

Ces garanties résultent à la fois du bon recrutement des fonctionnaires : nomination à la suite de concours, stages, choix judicieux, etc. Ce sont des moyens qui garantissent que les qualités requises pour faire un bon administrateur se trouveront réunies dans l'individu choisi.

Ces garanties résultent encore de la bonne organisation hiérarchique et disciplinaire des services publics : le fonctionnaire se sentant surveillé et sachant que sa négligence ou son impéritie serait réprimée, donnera à son service une attention plus assidue. La crainte de sa responsabilité pénale l'empêchera de commettre des crimes et des délits.

Mais si les intérêts d'un particulier sont lésés, il importe que cette lésion soit réparée : de cette nécessité découlent deux responsabilités civiles : celle de l'Etat pour lequel le fonctionnaire agit, et celle du fonctionnaire lui-même, qui agit.

C'est cette dernière responsabilité qui fera l'objet de cette étude.

PREMIÈRE PARTIE

PRINCIPES GÉNÉRAUX

CHAPITRE PREMIER

GÉNÉRALITÉS

§ Ier. Qu'est-ce qu'un fonctionnaire ?

Il est extrêmement difficile de donner une définition exacte du mot « fonctionnaire », et tous les auteurs de droit public ont souligné cette difficulté (1). C'est que ce mot n'a pas de sens absolu, mais un sens élastique, variant selon les cas et selon les besoins (2). La jurisprudence et la loi ne

(1) Voir entre autres : Dalloz, *Répertoire*, v° Fonctionnaire public ; — Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, p. 25 ; — Fuzier Herman, *Répertoire*, v° Fonctionnaire public ; — Block, *Dictionnaire*, v° Fonctionnaire public.

(2) Il faut donc admirer la prudence de la législation allemande : elle n'a pas défini le fonctionnaire d'une façon générale, mais seulement pour des cas spéciaux. La loi allemande dit : « Est fonctionnaire d'Empire *dans l'esprit*

sont pas toujours d'accord avec elles-mêmes sur ce sujet : ainsi, les conseillers municipaux qui sont fonctionnaires publics au sens de l'article 177 du Code pénal, ne le sont pas, au sens de l'article 224 (1). De même la Cour de cassation, si l'on compare ses arrêts du 29 mai 1886 (2) et du 30 octobre de la même année (3), se contredit formellement.

Dans le domaine de la doctrine, la confusion règne aussi : suivant certains auteurs, le mot « fonctionnaire » aurait un sens plus restreint que le mot « agent » (4). Suivant d'autres, au contraire, parmi les fonctionnaires, ne seraient agents que ceux qui dépendent entièrement du Gouvernement et sont obligés de soumettre leur avis au sien (5).

---

de cette loi... » (art. 1er de la Reichsbeamtengesetz). Et l'art. 359 du Code pénal de l'Empire répète : « On doit considérer comme étant fonctionnaire *dans l'esprit de cette loi.. .. .* »

(1) Fuzier-Herman, *Répertoire*, v° Fonctionnaire public, n° 9.

(2) D. 87-1-233.

(3) S. 86-1-493 ; — D. 87-1-507.

(4) Ainsi, M. Duguit fait entrer les fonctionnaires et les employés dans la classe des agents (*Manuel*, p. 413) — Voir aussi Giron, *Droit administratif belge*, t. Ier, n° 239.

(5) Dalloz, *Répertoire*, v° Fonctionnaire public ; — Voir aussi Fuzier-Hermann, *Répertoire*, v° Agent du gouvernement, n° 9 ; — Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. Ier, p. 580. — Depaule, *Etude historique sur la responsabilité des fonctionnaires publics*, p. 108. — Dans la jurisprudence, voir Cassation, 26 décembre 1807, *Bulletin de Cas-*

A notre avis, il faudrait faire une distinction : le mot « agent » a, en réalité, deux sens très distincts. Au sens général, le mot « agent » comprend tous les serviteurs de l'Etat, quels qu'ils soient, tous ceux qui sont rattachés de près ou de loin à un service public. Ici la dénomination complète serait « agent de l'Etat ». Dans un sens restreint, au contraire, le mot « agent » ne comprend plus que les fonctionnaires administratifs qui sont obligés de se soumettre continuellement pour les choses de leur service aux ordres, aux volontés et même parfois aux désirs du gouvernement. Ce sont, à proprement parler, les « agents du Gouvernement ».

Quoi qu'il en soit, on fait confusion quand on prend l'un pour l'autre les mots « fonctionnaire » et « agent ». Quel sera donc le critérium permettant de différencier les fonctionnaires des autres citoyens (1) ?

Sera-ce le fait d'avoir été nommé par les pouvoirs publics (2) ? Ce critérium, à l'heure actuelle,

---

sation criminelle, 1807, p. 518 ; — Cassation, 23 juin 1831, *Bull. de Cass. crim.*, 1831, p. 258 ; — Cass. 3 mai 1838 *Bull. de Cass crim.*, 1838, p. 178.

(1) Pour plus amples détails sur les diverses définitions du mot « fonctionnaire », voir Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, p. 26 et s.

(2) La loi Wurtembergeoise du 30 juin 1876, sur les fonctionnaires, les définit ainsi dans son article 1er : « Toute personne nommée par le roi ou par une autorité administrative centrale. » De même, la loi Badoise du 24 juillet 1888 considère comme fonctionnaire « toute personne employée dans un service de l'État en vertu d'une décision

est de moins en moins admis. Il n'est plus guère reconnu qu'en Russie, où pour être fonctionnaire, il faut être nommé par le Gouvernement. Ce système, de tendances essentiellement absolutistes, est à peu près partout en décadence. En effet, on tend de plus en plus à reconnaître la qualité de fonctionnaires à des citoyens élus, surtout dans les pays où le parlementarisme est le plus perfectionné. A l'heure actuelle, il paraît difficile de refuser la qualité de fonctionnaire aux juges des tribunaux de commerce, par exemple (1-2).

Sera-ce le fait d'avoir droit à un traitement et à une retraite (3) ? Mais alors, il faudrait déclarer que les juges suppléants, par exemple, et les auditeurs au Conseil d'Etat et à la Cour des Comptes,

---

émanant du souverain ou d'une autorité à laquelle le souverain a délégué le pouvoir de conférer la qualité de fonctionnaire. »

(1) Et pourtant, M Maurice Lansac a dit dans son article paru dans la *Revue socialiste* d'avril 1909 : « Les auteurs comprennent si peu la théorie de la fonction publique qu'ils traitent aussi de fonctionnaires publics les personnes qui tiennent d'une élection leur charge publique. » (p. 356). On se demande vraiment quel est l'auteur qui n'a pas compris la théorie de la fonction publique.

(2) En sens contraire, il a été jugé, dernièrement, que quoique le directeur du théâtre de l'Opéra-Comique soit nommé par arrêté du Ministre de l'instruction publique, il ne peut pourtant être considéré comme fonctionnaire (affaire Albert Carré-Valabrègue, citée dans *Le Journal* du 13 février 1909, Chronique des Tribunaux).

(3) C'est l'avis de M. Ribot (cité par M. Lansac, *Revue socialiste*, avril 1909, p. 356).

pendant leur première année, ne sont pas fonctionnaires.

Devra-t-on se baser sur la nature de la prestation effectuée (1) ? Cette distinction n'aurait rien de juridique ; de plus, il est difficile d'établir une limite absolue entre le travail intellectuel et le travail manuel, car dans ce dernier, il y a fatalement une part d'intelligence, de volonté, ou de jugement, si minime soit-elle.

Devra-t-on se baser sur le pouvoir de prendre une décision, de commander (2) ? Mais il est difficile de soutenir que les ingénieurs de l'Etat, les professeurs, ne sont pas fonctionnaires.

---

(1) Bluntschli distingue les « Beamten » et les « Staatsbediente ». Mais pour lui tous ceux qui font pour l'État un travail intellectuel ne sont pas fonctionnaires. (*Théorie générale de l'Etat*, p. 467.)

(2) Aristote enseignait que les seules véritables magistratures sont celles qui donnent le droit de commander (*Politique*, VI, 12, § 3). — Voir dans le même sens Bonnin, *Principes d'administration publique*, t. I^er^, p. 150 ; — Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, p. 466 ; — Vivien, *Études administratives*, t. I^er^, p. 169 ; — Giron, *Droit administratif belge*, t. I^er^, n° 239 ; — Perriquet, *Contrats de l'État*, p. 444 ; — Dareste, *Justice administrative*, p. 388 ; Kammerer, *La fonction publique d'après la législation allemande*, p. 53 ; — A. Guérin, *Responsabilité des magistrats publics*, p. 242 ; — Nézard, *Théorie juridique de la fonction publique*, p. 30. — Voir encore les observations du Ministre de l'Intérieur dans l'affaire Cadot (Conflits, 12 janvier 1883, Lebon, 1883, p. 29) et les conclusions du Commissaire du gouvernement dans l'affaire Guidet (Conflits, 27 décembre 1879, Sirey, 81-3-37).

Nous en sommes amenés à voir le dernier critérium proposé. On a dit tout d'abord : est fonctionnaire celui qui exerce une fonction publique (1). Mais on ne peut définir le mot dérivé par le mot d'origine. De plus, il y a des fonctions publiques qui ne sont pas remplies par des fonctionnaires, ainsi les fonctions de juré.

En nous plaçant au point de vue qui nous intéresse, nous prendrons le mot « fonctionnaire » dans son sens strict, c'est-à-dire impliquant l'idée de permanence et l'idée de service public. C'est d'ailleurs le sens où ce mot est pris d'une façon constante par le langage juridique et le langage courant (2).

---

(1) C'est ce que disait Kress au XVIII[e] siècle : « *Officialis sine dubio dicitur ab officio* » (*Dissertatio juridica de jure officiorum et officialum*, chap. I[er], p. 1).

(2) Cf. Perraud, *Responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires publics autres que les ministres*, p. 1 ; — Becquet et Laferrière, *Répertoire*, v° Fonctionnaire public, n° 26. — Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, p. 300 et 301 ; — Vantroys, *Etude sur l'état des Fonctionnaires*, p. 3. — Comparer aussi la définition que donne M. Berthélemy : « Les fonctionnaires sont, en général et sauf exception, ceux qui, ayant accepté une nomination de l'administration à un poste déterminé, *collaborent d'une manière continue à la gestion de la chose publique* (*Droit administratif*, p. 46). — Comparer encore la définition de M. Duguit : « Les fonctionnaires sont tous les agents qui sont associés d'une façon permanente et normale à l'accomplissement d'une mission considérée comme obligatoire pour l'État à un moment donné (*Manuel*, p. 416. — Voir aussi *L'État*, t II, p. 413)

§ II. Diverses responsabilités auxquelles sont soumis les fonctionnaires.

L'Etat, chargé d'assurer la bonne marche des services publics, s'adresse pour cela à des fonctionnaires qu'il choisit par divers moyens : nomination à la suite de concours, à la suite de présentation ; ou bien il les fait élire par la collectivité.

Mais ces citoyens, si bien choisis soient-ils, peuvent commettre des fautes : *Errare humanum est,* et ils peuvent ainsi compromettre gravement les intérêts généraux de l'Etat, de la collectivité, ou encore léser les intérêts particuliers d'un individu. Ils peuvent mal comprendre les devoirs de leurs fonctions, abuser de leurs pouvoirs. Il est donc indispensable pour la justice et le bon ordre qu'une sanction existe, qui permette de réprimer et de punir les fautes des agents de l'Etat ; il faut aussi qu'il existe une réparation pour la lésion provenant d'une faute de ces agents. Cette répression et cette réparation sont assurées par la triple responsabilité qui pèse sur les fonctionnaires : responsabilité disciplinaire, responsabilité pénale et responsabilité civile.

La responsabilité disciplinaire découle du droit de surveillance qu'a un fonctionnaire d'un rang plus élevé sur les fonctionnaires de même nature, mais d'un rang inférieur. Si un agent commet dans l'exercice de ses fonctions ou à l'occasion de ses fonctions une faute ayant une répercussion sur son

service, ses supérieurs ont le droit et le devoir de le punir. Ici, c'est le supérieur qui décide si le fait commis constitue une faute, si elle est punissable et de quelle manière. Il n'y a donc pas nécessairement dans ce cas, un fait prévu et défini par la loi comme étant une infraction. Et c'est la différence qui existe entre la répression disciplinaire et la répression pénale. Dans un cas, l'infraction pour être punie doit être prévue par la loi; ce n'est pas nécessaire dans l'autre hypothèse. Les peines disciplinaires ne peuvent jamais être corporelles (privation de liberté, par exemple), sauf pour les fonctionnaires de l'ordre militaire. C'est là une différence à noter entre la responsabilité disciplinaire et la responsabilité pénale. Les peines disciplinaires ne peuvent porter que sur l'exercice même de la fonction. L'échelle des peines disciplinaires a été dressée par un long usage et par la tradition, plus encore que par les lois et les règlements. Au bas de l'échelle se trouve d'abord le simple avertissement, puis la réprimande, la privation du traitement en partie ou en totalité, la suspension temporaire. Enfin, pour certains fonctionnaires, la mise à la retraite d'office et la révocation. Mais ces dernières mesures peuvent perdre à l'égard de certains agents, tels que les préfets, leur caractère pénal et n'impliquent nullement pour eux l'existence d'une faute.

La peine disciplinaire est une décision qui n'a pas été juridictionnalisée. En effet, ce ne sont pas les tribunaux ni judiciaires, ni administratifs qui

interviennent. Ce sont seulement les agents supérieurs de l'agent puni, d'ordinaire le ministre. Mais la crainte de l'arbitraire a fait naître cette tendance, chaque jour plus forte, de juridictionnaliser la répression disciplinaire. On tend de plus en plus à donner à l'agent, avant qu'il soit frappé, le droit de comparaître devant une sorte de tribunal qui le jugerait et prononcerait la peine. Ainsi, la responsabilité disciplinaire tend de plus en plus vers la responsabilité pénale (1).

Mais il peut arriver que le fonctionnaire commette une faute telle que la responsabilité disciplinaire ne suffise pas pour le punir. Le supérieur hiérarchique ne dispose pas, en effet, de moyens de répression suffisants pour tous les cas qui peuvent se présenter. Le fonctionnaire est lié par la loi fonctionnelle; s'il la viole, il commet une faute réprimée et punie par la loi pénale. C'est ainsi que les articles 114 à 131 et 166 à 198 du Code pénal punissent des crimes ou des délits spécialement prévus. Mais cette législation tend à devenir de plus en plus platonique, car dans la réalité des choses, ces articles sont de moins en moins appliqués. Ils constituent une arme trop lourde, dont on se sert très rarement.

Mais les deux responsabilités que nous venons d'étudier très brièvement, la responsabilité disci-

---

(1) Voir Bonnard, *De la répression disciplinaire*, p. 94 et s. — Sur la responsabilité disciplinaire, voir aussi Nézard, *Les principes généraux du droit disciplinaire.*

plinaire et la responsabilité pénale, sont destinées à réprimer les fautes que le fonctionnaire peut commettre. Par la mise en œuvre de ces responsabilités, l'agent coupable sera puni, mais le préjudice né de sa faute, pour les tiers lésés, ne sera pas réparé. Outre cette répression, il semble nécessaire de réparer les dommages subis par les particuliers, soit dans leurs personnes, soit dans leurs biens, à la suite d'un acte fait par l'agent, sans droit ou au-delà de son droit. Cette réparation, c'est la responsabilité civile qui l'accorde. Supposons un conservateur des hypothèques qui a omis de mentionner sur ses registres une inscription hypothécaire demandée par un créancier. Il est en faute ; l'article 2202 du Code civil prévoit pour ce fait une amende de 200 à 1.000 francs pour la première contravention, et prévoit la destitution pour la seconde. Mais c'est là une responsabilité pénale qui ne réparera pas le préjudice causé au créancier dont l'hypothèque n'a pas été inscrite. Aussi, ce même article 2202 a-t-il prévu en outre des dommages-intérêts s'élevant à une somme suffisante pour réparer le préjudice (1). De même, l'article 52 du Code civil prévoit contre les officiers de l'état-civil, à la fois une réparation civile et une répression pénale s'ils altèrent les actes ou les registres dont ils sont dépositaires.

---

(1) Voir Cass., 7 déc. 1892, D. 93-1-207 ; — Cass., 27 oct. 1890, D. 91-1-419.

CHAPITRE II

DIFFÉRENTES FAÇONS DE CONCEVOIR LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES FONCTIONNAIRES

Quand on étudie ce que doit être la responsabilité des fonctionnaires pour faits de leur gestion lésant les intérêts d'un particulier, on se trouve en face de trois principes différents. Les diverses nations civilisées ont adopté l'un ou l'autre de ces principes selon leurs théories sur le rôle et l'essence de l'Etat, selon aussi le respect qu'elles ont des droits des particuliers.

Certaines nations, les plus libérales, ont adopté un principe basé sur une pure idée de justice et d'équité : le fonctionnaire, comme n'importe quel individu, est responsable de son fait dommageable. Il n'est revêtu d'aucun caractère spécial, n'est en rien supérieur à ses concitoyens.

D'autres nations, soucieuses aussi des intérêts des particuliers, mais voulant protéger leurs agents contre les poursuites abusives, leur ont accordé certaines garanties : ainsi elles ont soumis la possibilité d'engager des poursuites, à la nécessité d'obtenir une autorisation préalable, ou

bien elles ont multiplié les formalités nécessaires ; elles ont encore déclaré que l'ordre du supérieur couvrait l'inférieur ; elles ont décrété l'impossibilité de la citation directe en cas de crime ; enfin elles ont usé du moyen dit de l' « actio periculosa » en condamnant à des amendes et à des dommages-intérêts, le demandeur qui échoue.

D'autres nations, enfin, imbues de l'idée qu'il faut faire respecter l'administration dans ses agents, ont rendu leurs fonctionnaires irresponsables. C'est la doctrine des pays à tendances autoritaires, centralisatrices, autocrates. Les fonctionnaires sont revêtus d'un caractère sacro-saint : nul ne peut les poursuivre. Leurs actes sont réputés actes de l'Etat lui-même, c'est lui qu'il faudra poursuivre. Ce sera peu pratique, étant données les tendances autoritaires de ces législations.

En somme, trois systèmes sont en présence : responsabilité civile du fonctionnaire sans entraves mises à la poursuite — irresponsabilité absolue — et le troisième, à mi-chemin entre les deux précédents, c'est le système dit « système des garanties ».

Section Première

RESPONSABILITÉ CIVILE SANS ENTRAVES

Le fonctionnaire, dit-on, n'est pas d'une essence supérieure à celle des autres citoyens. Il n'est pas et ne doit pas être un citoyen privilégié ; il doit

pouvoir être poursuivi s'il cause un préjudice, par sa faute, à de simples particuliers. Il a en mains un pouvoir redoutable, il ne faut pas qu'il en abuse ; et s'il en abuse, il est indispensable qu'il en soit puni et surtout qu'il répare le tort fait au particulier.

Pour cela, il faut que rien ne s'oppose à la libre poursuite du fonctionnaire coupable. Il faut que la poursuite ait lieu sans difficulté, sans autorisation préalable, devant les tribunaux ordinaires. Enfin, il faut que tous les agents (au moins tous ceux du pouvoir exécutif) « depuis le premier ministre jusqu'au dernier garde-champêtre ou militaire puisse être poursuivi s'il a violé la loi (1) ».

La poursuite doit avoir lieu sans autorisation préalable, dit-on tout d'abord ; en effet, si une autorisation était nécessaire, quelle serait la situation du particulier lésé ? Il a un droit subjectif absolu à ne pas subir de préjudice sans motif légitime. Or, supposons un fonctionnaire faisant un acte lésant les intérêts d'un particulier. Supposons que l'acte de l'agent est fait sans droit. Si ce fonctionnaire était un simple particulier, l'individu lésé pourrait s'adresser directement aux tribunaux pour obtenir réparation. Mais ici, dans le cas qui nous occupe, il ne le pourrait plus, il serait obligé *de demander la permission de faire valoir ses droits* ! On voit l'antinomie qu'il y a

(1) E. de Laveleye, *Le Gouvernement dans la Démocratie*, t. 1, p. 136.

entre ces termes. Et si l'on refuse au citoyen l'autorisation qui lui est nécessaire pour poursuivre le fonctionnaire coupable ou négligent, il se produira ce fait, que pour lui, son droit subjectif ne sera plus en concordance avec le droit objectif qu'on lui opposera. Cette hypothèse n'est pas dénuée de toute vraisemblance ; ce n'est pas seulement une hypothèse d'école. Que de fois, dans tous les pays et sous tous les régimes admettant la nécessité d'une autorisation préalable, ne s'est-on pas plaint de ce que l'administration couvrait les actes de ses agents, en refusant systématiquement les autorisations de poursuites !

La poursuite, dit-on encore, doit avoir lieu devant les tribunaux judiciaires, car si ce sont les tribunaux administratifs qui sont chargés de faire respecter le droit des particuliers par les fonctionnaires, il arrivera souvent, en pratique, que la distinction entre le fait de l'agent et le fait de l'administration étant fort délicate à faire, cette dernière se trouvera à la fois juge et partie dans le procès. Comment, dès lors, peut-on espérer dans l'équité de pareils tribunaux ?

Il faut enfin que tous les fonctionnaires, quel que soit leur grade dans la hiérarchie, puissent être librement poursuivis. En effet, si on déclarait inviolables les plus élevés, trop souvent leurs inférieurs se retrancheraient derrière l'ordre reçu, faisant ainsi retomber la responsabilité sur leurs supérieurs. On aboutirait à de véritables dénis de justice. Et s'il était nécessaire, pour faire réparer

le dommage né d'un acte illégal, de remonter d'échelon en échelon toute l'échelle hiérarchique, on arriverait ainsi au ministre. Si la poursuite de ce dernier était libre, il serait écrasé continuellement de poursuites. D'autant plus que bien souvent des adversaires politiques, dans le seul but de créer des difficultés, poursuivraient le ministre en couvrant leurs motifs politiques d'un prétexte de lésion. Si la poursuite du ministre est soumise à certaines formalités, il faudra, soit obtenir l'autorisation du Parlement, soit le traduire devant une Cour spéciale, soit provoquer une crise ministérielle, toutes choses peu pratiques.

Le système de la responsabilité civile sans entraves respecte la liberté et les intérêts de tous les citoyens. S'ils sont lésés dans un de leurs droits, ils ont le moyen de faire réparer le préjudice à eux causé. Ce système a encore le mérite de respecter l'égalité des citoyens. Les fonctionnaires ne sont pas des citoyens privilégiés ; la même responsabilité pèse sur eux qui pèse sur tous les individus. Ils ne forment pas une caste à part, séparée du reste de la nation par toute l'étendue de leurs prérogatives.

Ainsi, les fonctionnaires seront soumis au droit commun. En France, leur responsabilité sera réglée par les articles 1382 et 1383 du Code civil. Ils seront tenus non seulement de leur faute, mais encore de leur simple négligence en vertu de l'adage : *In lege Aquilia et levissima culpa venit.* Néanmoins, des lois pourraient intervenir, ayant pour

but de restreindre la responsabilité des fonctionnaires : en effet, admettre la responsabilité civile sans entraves, cela ne veut pas dire *nécessairement* admettre une responsabilité pleine et entière ; cela veut dire que la poursuite reste absolument libre. Ce n'est qu'en poussant le principe jusqu'au fond des choses que l'on arrive à admettre à leur charge une responsabilité identique à celle du simple citoyen. Nous verrons, d'ailleurs, plus loin, que le principe est appliqué dans toute son intégrité dans les pays de race anglo-saxonne.

Le système de la responsabilité civile sans entraves paraît être un système essentiellement pratique. Il est pratique à un triple point de vue : les simples citoyens, les fonctionnaires, l'Etat, tous y trouvent avantage. Les simples citoyens tout d'abord sont assurés de voir réparer les lésions dont ils pourraient être victimes. Ces lésions, d'ailleurs, seront rares, car la perspective d'avoir à réparer le préjudice causé par leur faute ou leur inattention, rendra les fonctionnaires plus circonspects, plus prudents, plus appliqués.

Le fonctionnaire y gagnerait aussi, au moins en dignité ; selon le mot de M. Lacoin : « Il ne resterait pas autant derrière sa grille, c'est-à-dire derrière sa juridiction privilégiée ; il se retrouverait un homme comme un autre, un citoyen libre sous la loi, mais responsable quand il viole la loi (1). »

---

(1) Rapport de M. Lacoin à la Société gén. des prisons, séance du 21 févr. 1906 (*Revue pénitentiaire*, 1906, p. 410).

L'Etat enfin y gagnerait, car ses services seraient mieux tenus, il aurait moins de surveillance à exercer, le fonctionnaire se surveillerait lui-même.

Et si l'on craignait des attaques trop fréquentes contre les agents de l'Etat, si l'on craignait qu'on les poursuive pour des motifs politiques en prenant le prétexte d'une lésion, il serait simple d'établir des sanctions sévères pour réprimer les attaques injustifiées.

Le système de la responsabilité civile sans entraves est mis en pratique dans un certain nombre de pays. Voyons les résultats obtenus.

1° *Système anglais* (1).

Certains pays, avons-nous dit, admettent la responsabilité civile des fonctionnaires d'après le droit commun et sans entraves mises aux poursuites. Tels sont les pays anglo-saxons. C'est la

---

(1) Voir Bannister, De la responsabilité des fonctionnaires publics en Angleterre, *Revue étrangère*, 1835, p. 129 ; — Franqueville, *Système judiciaire de la Grande-Bretagne* ; — Fischel, *La Constitution d'Angleterre* ; — Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I^er^, p. 95 ; — Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p 143 ; — H. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 251 ; — Pascaud, Responsabilité de l'Etat, *Revue générale du Droit*, p. 496 ; — Lacoin, Rapport à la Société des prisons, *Revue pénitentiaire*, p. 405 ; Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, p. 303 et suiv.

Grande-Bretagne qui a, la première, appliqué ces principes et elle a été suivie dans cette voie par les Etats-Unis.

« En Angleterre, tous les fonctionnaires, quel que soit leur titre et quelle que soit leur position, sont responsables de leurs actes et peuvent toujours être poursuivis devant les tribunaux ordinaires, sans aucune autorisation préalable, par toute partie qui se prétend lésée, alors même que les actes incriminés auraient été commis dans l'exercice de leurs fonctions publiques. » (1) C'est là le principe général qui réglemente la jurisprudence et la législation anglaise : les fonctionnaires sont responsables de toutes leurs fautes, sans nécessité d'autorisation préalable, ni de formalités spéciales, selon le droit commun. Mais, en réalité, il y a, à cette règle, une exception fort importante en ce qui concerne les fonctionnaires de l'ordre judiciaire. En effet, ils sont irresponsables, sauf en cas de refus du writ d'*habeas corpus,* ou de détention illégale.

L'Angleterre, pour établir la responsabilité civile de ses fonctionnaires, ne s'est pas encombrée de théories. Elle se place au seul point de vue pratique. Il est de règle dans son droit public que « le roi ne peut mal faire » (2). Dès lors, si l'on

---

(1) C. de Franqueville, *Institutions politiques de l'Angleterre*, p. 216.

(2) La coutume anglaise a trouvé le moyen de tourner la règle « le roi ne peut mal faire » par la « petition of

veut éviter les atteintes aux droits des particuliers, il faut admettre la pleine responsabilité des agents de la Couronne. Ils ne pourront, en principe, se retrancher derrière l'ordre reçu. « Pour ce qui concerne le tort fait, aucun serviteur de la Couronne ne peut, pour défendre un acte injuste et dommageable, invoquer les ordres exprès de la Couronne, ni ses actes implicites, en alléguant que ce qu'il a fait était un acte d'Etat. » (1-2)

Cette règle est extrêmement dure pour le fonc-

---

right ». Lorsqu'un particulier veut faire valoir un droit contre la Couronne, il doit adresser au souverain un mémoire qui est remis au secrétaire d'Etat à l'intérieur ; par ce mémoire, le particulier sollicite une ordonnance de « soit fait droit ». Cette pétition est examinée par l'attorney général, représentant officiel du Gouvernement dans toutes les difficultés judiciaires où l'intérêt de l'Etat est en jeu (Cet attorney général est membre du ministère, mais non pas membre du cabinet). L'attorney examine le mémoire et, si son avis est favorable, le roi rend une ordonnance de « fiat ». Le Tribunal, à partir de ce moment, peut être saisi et le procès suit son cours ordinaire (M. Barthélemy à son cours)

(1) William R. Anson, *The law and custom of the constitution*, t. II, p 477.

(2) M. Dicey dit dans le même sens : « L'obéissance *bona fide* aux ordres de ses supérieurs n'est pas une excuse valable pour un subordonné qui a, dans l'exercice de ses fonctions d'agent du gouvernement, porté atteinte aux droits légaux du plus humble des citoyens. Les fonctionnaires, comme tout le monde, doivent rendre compte de leur conduite devant une Cour de droit, et devant une Cour, notons-le, où le verdict est rendu par un jury » (*Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, p. 304.)

tionnaire, mais elle l'oblige à vérifier la légalité des ordres qu'il reçoit. Le souci de sa responsabilité l'oblige à avoir de la prudence et de la circonspection dans ses actes.

Dans le système anglais, un principe est à retenir, qui n'a peut-être pas assez été souligné par les auteurs traitant de la responsabilité des fonctionnaires en Angleterre: c'est que, avant toute chose, la loi anglaise a voulu empêcher de la part de ses fonctionnaires, les attentats contre la liberté individuelle. Peut-être pourrait-on même lui reprocher de trop s'être fixée sur ce point spécial et ne pas s'être assez occupée de réparer les autres lésions des intérêts individuels par suite d'une faute des fonctionnaires. C'est à peu près ce que m'écrivait M. A.-V. Dicey, professeur à l'Université d'Oxford, dans une lettre en date du 6 juillet 1909 : « Notre loi (la loi anglaise), je trouve, accorde ou a accordé la meilleure protection pour la liberté individuelle. Mais, parfois, quoique pas souvent en pratique, elle ne donne pas à la personne lésée une compensation adéquate à la lésion. La loi française, à ce qu'il me semble, et comme elle est à présent, donne à la personne lésée de réelles compensations, mais elle n'a pas prévu une protection suffisante de la liberté individuelle. » (1)

(1) Our law, I think, affords, or has afforded the better protection for individual freedom, but occasionnally, tho'not often in practice, fails to give adequate compensation to the person damaged. French law, as it seems to

La législation anglaise posant ce principe que le fonctionnaire n'est en rien supérieur aux autres citoyens, il en résulte qu'ils n'ont pas pour les juger une juridiction spéciale : il n'y a pas, à proprement parler, de juridiction administrative en Angleterre, et tous les actes dommageables commis par des fonctionnaires sont de la compétence des tribunaux judiciaires. Le juge peut même (et c'est là une différence fort importante à signaler avec les principes français), adresser des remontrances et formuler des défenses à l'administration et aux fonctionnaires administratifs. De même si le fonctionnaire a négligé de faire un acte et si cette négligence lèse un particulier, les tribunaux peuvent obliger l'agent à faire son devoir, sauf pourtant le seul cas où le fonctionnaire relève directement de la Couronne, et où son acte n'est pas déclaré obligatoire par une loi spéciale (1).

Une jurisprudence constante déclare que pour qu'un fonctionnaire puisse être poursuivi, il faut et il suffit qu'il ait outrepassé son droit, c'est-à-dire qu'il ait agi hors de sa compétence ou sans les formes obligatoires.

Les seuls fonctionnaires (à part les juges des

---

me and as at present administered, gives some very valuable remedies to the person damaged, but has not provided quite adequate protection for individual freedom. »

(1) C. de Franqueville, *Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, t. 1er, p. 65.

Cours supérieures, qui sont irresponsables), qui aient, en droit anglais, des garanties, sont les juges de paix qui, avant 1888, étaient protégés par une série de mesures : prescription de six mois, communication des motifs de la poursuite et des arguments que l'on emploiera, possibilité de transaction amiable, etc... D'ailleurs, la jurisprudence ne s'occupait pas toujours de savoir si l'acte du juge de paix avait été bien fait, mais plutôt de savoir à quels mobiles le juge de paix avait obéi en agissant (1). Cette jurisprudence est actuellement sans grand intérêt, car, depuis 1888, les juges de paix ont perdu le rôle semi-administratif qu'ils avaient jusque-là, et leur rôle s'est sensiblement rapproché de celui des fonctionnaires du même ordre et du même titre en France.

Le système anglais a fait ses preuves, et à l'heure actuelle, il est impossible de ne pas reconnaître ses mérites. Grâce à lui, l'Angleterre « y gagne d'avoir des agents plus scrupuleux et les agents eux-mêmes, loin d'être diminués par cette obligation de répondre de leurs actes, en tirent plus de force et de dignité » (2).

---

(1) Discours du lord chief justice Abbot, cité par Fischel, *Constitution d'Angleterre*, t. II, p. 168.

(2) Jules Simon, *La Liberté*, t. II, p. 233 ; — Batbie, *Traité*, t. III, p. 361.

2° *Système américain* (1)

Le droit des Etats-Unis est proche du droit anglais sur bien des points. En ce qui concerne la responsabilité civile des fonctionnaires, la parenté entre les deux législations est aisément visible. Comme l'Angleterre, les Etats-Unis ne revêtent les fonctionnaires d'aucun caractère particulier de supériorité sur les autres citoyens. Et dans ces deux pays, ce principe d'égalité découle de la même origine : du vieux droit germain, pour lequel les fonctionnaires étaient soumis à la loi civile tout comme de simples citoyens. M. Goodnow a d'ailleurs fait ressortir très nettement cette commune origine dans son beau livre sur le *Droit administratif des Etats-Unis* (2). Ainsi, le principe est nettement posé : tout individu lésé par l'acte

---

(1) Voir Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I^er^, p. 98 et suiv. ; — Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 146 ; — H. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 261 ; — Goodnow, *Droit administratif des Etats-Unis*, p. 333 ; — Pascaud, Responsabilité de l'Etat, *Revue générale du Droit*, 1900, p. 498 ; — Lacoin, Rapport à la Société des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 405 ; — Carlier, *La République américaine des Etats-Unis*, tomes III et IV passim ; — Claudio Jannet, *Les Etats-Unis contemporains*, t. I^er^ ; — Tocqueville, *La démocratie en Amérique*, t. II, ch. VIII.

(2) Goodnow. *Droit administratif des Etats-Unis*, p. 467 ; — Voir aussi Lœning, *Deutsches Verwaltungsrecht*, p. 771.

d'un fonctionnaire, peut en demander réparation, soit que cet acte constitue une faute, soit même qu'il ne constitue qu'une simple négligence de la part de l'agent. La parité entre le fonctionnaire et le particulier semble donc bien établie, et les Constitutions de chaque Etat admettent ce principe aussi bien que la Constitution fédérale.

Nous ne parlerons pas ici de l'*impeachment*, qui est une procédure criminelle et d'exception contre les plus hauts fonctionnaires des Etats et de l'Union.

L'article premier, section 3, paragraphe 7, de la Constitution, spécifie que l'*impeachment* ne nuit pas à l'exercice de l'*indictment*, c'est-à-dire à la poursuite civile qui se fera ainsi que toutes les autres poursuites civiles devant les mêmes tribunaux et sans procédure spéciale. Les Etats-Unis, comme l'Angleterre, n'ont pas mis en pratique notre théorie française de la séparation des autorités judiciaires et administratives. Il s'ensuit que les tribunaux civils peuvent connaître des actes de l'administration. Ils peuvent apprécier leur légalité, et interdire aux agents de faire tel ou tel acte, jugé illégal. Ce contrôle du pouvoir exécutif par le pouvoir judiciaire est bien selon le génie américain et on doit le rapprocher du contrôle exercé par le pouvoir judiciaire sur le pouvoir législatif au sujet de la constitutionnalité des lois.

Les fonctionnaires sont donc soumis à une responsabilité civile sans entraves, et ils ne peuvent même pas se réfugier derrière l'ordre reçu pour

échapper à cette lourde charge. Si donc un agent reçoit de son supérieur un ordre d'agir, il doit vérifier la légalité de l'acte commandé, et celle de l'ordre reçu. Si son acte constitue une violation de la loi ou de la Constitution, il se trouvera responsable envers les tiers lésés, de même d'ailleurs, que l'auteur de l'ordre. Exception est faite, toutefois, pour certains fonctionnaires à compétence liée (*ministerials*) (1), qui ne peuvent être poursuivis si l'ordre donné paraissait légal.

Nous avons dit que la simple négligence de l'agent mettait en jeu sa responsabilité, c'est là encore un principe tiré du droit anglais. Si la négligence du fonctionnaire atteint un individu en particulier, celui-ci pourra le poursuivre. Mais si sa négligence atteint tout le public en général, nul ne peut poursuivre (2-3). Ceci peut paraître bizarre à première vue, mais on voit d'où provient ce phénomène. Dans le premier cas, il y a présomption de mauvais vouloir, l'intention dolosive est présumée. Dans le second cas, au contraire, l'agent gère mal son service, c'est un mauvais fonctionnaire, mais on ne peut pas dire qu'il a eu l'intention de nuire à un particu-

---

(1) Goodnow, *Droit administratif des Etats-Unis*, p. 333 et 453.

(2) *Ib.*, p. 454.

(3) C'est ce qui est admis en France pour pouvoir intenter un recours pour excès de pouvoir : il faut se prévaloir d'un motif d'intérêt personnel ; l'intérêt général ne suffit pas.

lier : ce sera la responsabilité disciplinaire qui pèsera sur lui, non la responsabilité civile.

3° *Système italien*

Pour les fonctionnaires autres que les préfets, sous-préfets et maires (1).

L'Italie, pendant la domination française, avait hérité de notre principe de l'autorisation préalable ; elle s'en est débarrassée par la loi du 20 mars 1865. Depuis cette date, les fonctionnaires autres que « prefetti, sottoprefetti, sindaci » sont soumis au droit commun : ils peuvent être poursuivis sans nulle formalité spéciale, devant les tribunaux ordinaires, et les articles 1151 à 1155 du Code civil italien (semblables aux articles 1382 à 1386 du Code civil français) s'appliquent à eux comme aux simples particuliers. Ils seront responsables non pas seulement de leur dol, mais encore de leur simple faute. La jurisprudence italienne est allée fort loin dans la voie de la responsabi-

---

(1) Voir Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I^er^, p. 76 ; — Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 152 ; — H. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 279 ; — Pascaud, Responsabilité de l'Etat, *Revue générale du Droit*, 1900, p. 500 ; — Lacoin, Rapport à la Société générale des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 406 ; — Rabany, Responsabilité civile des fonctionnaires en Italie, *Revue générale d'administration*, novembre 1897, p. 356, etc.

lité et à l'heure actuelle, nous croyons que nulle législation n'est allée plus loin. En effet, le 10 décembre 1896, la Cour de cassation de Palerme a déclaré responsables les administrateurs d'un hôpital, par suite du fait suivant : Un indigent se casse la jambe, il entre à l'hôpital, l'appareil est mal mis par un infirmier, le malade reste infirme et intente un procès aux administrateurs. Alors qu'en France le fonctionnaire n'est responsable que de sa faute *personnelle,* en Italie, au contraire, la Cour de Cassation a admis dans cet arrêt que la responsabilité civile des fonctionnaires s'applique en dehors même des cas où ils n'ont pas agi personnellement (1-2).

4° *Système belge* (3)

La Belgique a adopté depuis 1831 un système très libéral sur la responsabilité civile des fonctionnaires; c'est d'autant plus méritoire qu'elle a dû, pour arriver à ce résultat, réagir contre la

(1) Arrêt cité par Rabany, *loc. cit.*, p. 356.

(2) Pour la responsabilité des préfets, sous-préfets et maires, voir *infra.*

(3) Voir Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. Ier, p. 73 et suiv. ; — Giron, *Droit administratif de la Belgique*, t. Ier, p. 222 et suiv. ; — Giron, *Droit public de la Belgique*, p. 471 ; — M. de Footz, *Droit administratif belge*, t. Ier, p. 225 et suiv.; — H. Guérin, *Responsabilité civile des fonctionnaires administratifs*, p. 264 et suiv.;

théorie précédemment mise en pratique de la nécessité d'autorisation des poursuites contre les fonctionnaires. En effet, la Constitution de l'an VIII s'appliqua à la Belgique jusqu'en 1814, année qui la sépara de la France. Jusque-là donc, l'article 75 soumettait la responsabilité civile des fonctionnaires à une grave restriction, en disposant qu'ils ne pouvaient être poursuivis pour des faits relatifs à leurs fonctions qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat.

Le roi des Pays-Bas, en 1816, le 4 février, supprima la nécessité d'autorisation, mais, paraît-il, des abus se produisirent, il y eut des poursuites pour des prétextes futiles, et le 5 octobre 1822, un arrêté spécifiait que « la loi fondamentale avait constitué le roi juge supérieur et en dernier ressort des actes gérés par les administrateurs dans l'exercice de leurs fonctions », et, en conséquence, les gouverneurs de province étaient chargés de soulever des conflits d'attributions, chaque fois que « des administrations ou des administrateurs seraient cités devant les tribunaux, du chef de leurs faits ou actes administratifs ». C'était aller d'un extrême à l'autre, et en pratique, l'irresponsabilité complète des agents était décrétée.

Une réaction s'imposait, et la Constitution de

— Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 150 et suiv. ; — Pascaud, Responsabilité de l'Etat, *Revue générale du droit*, 1900, p 505 ; — Errera, *Traité de Droit public belge*, p. 260 et suiv.

1831 a déclaré dans son article 24 que : « Nulle autorisation n'est nécessaire pour exercer des poursuites contre les fonctionnaires publics pour faits de leur administration, sauf ce qui est statué à l'égard des ministres. » Le principe est nettement posé, mais souvent en pratique, les principes les mieux posés ne sont pas ceux qui sont le mieux appliqués. Ici, pourtant la jurisprudence belge a respecté la théorie admise par la Constitution.

En Belgique, la règle de la séparation des pouvoirs existe comme en France, et l'on n'a pas admis comme en Angleterre et aux Etats-Unis que le pouvoir judiciaire puisse réformer, modifier ou annuler un acte de l'administration. Mais cela n'empêche nullement les tribunaux judiciaires de connaître des actes faits par les agents de l'administration dans l'exercice de leurs fonctions. Ils peuvent les condamner à des dommages-intérêts destinés à indemniser un particulier du dommage subi.

Ainsi, dès qu'un citoyen se jugera lésé par l'acte d'un fonctionnaire, il pourra poursuivre cet agent devant les tribunaux judiciaires. Il n'aura besoin de se pourvoir d'aucune autorisation. Mais pour que le fonctionnaire soit condamné à réparer le préjudice causé, il ne suffira pas de prouver le préjudice, il faudra encore prouver non seulement qu'il y a faute de la part du fonctionnaire, mais encore qu'il y a faute volontaire, vu que la faute a eu pour résultat de faire sortir son auteur de sa

compétence ; en un mot, il faudra prouver le *dol* ou la violation de la loi (1).

« Le fonctionnaire qui reste dans les limites de ses attributions légales ou réglementaires, nous dit M. Giron, est exempt de fraude, lors même qu'il en use avec peu de discernement et d'une manière inopportune, attendu que tout acte fait dans l'exercice d'une attribution légale est censé le fait du souverain lui-même... L'auteur de l'acte abusif est personnellement et directement responsable, du moment qu'il dépasse les limites de son mandat. » (2)

On voit que la jurisprudence belge a étendu la théorie généralement admise sur la responsabilité des juges à tous les fonctionnaires ; il faut pour qu'il y ait lieu à responsabilité : dol, fraude ou négligence grave, ayant causé un dommage : « Les fonctionnaires ne peuvent être rendus responsables des dommages qu'ils causent par une interprétation même erronée de la loi, quand elle est rationnelle et consciencieuse... Une erreur de ce genre doit être assimilée aux erreurs judiciaires commises par les tribunaux, dans l'application des loi. » (3-4)

---

(1) Voir les considérants de l'arrêt de la Cour de cassation belge, en date du 25 février 1833, cité par Giron, *Droit administratif de la Belgique*, t. I^er^, p. 226, et par Errera, *Droit public belge*, p. 264.

(2) Giron, *Droit administratif de la Belgique*, t. I, p. 226.

(3) Footz, *Droit administratif belge*, t. I, p. 342.

(4) Voir Errera, *Traité de droit public belge*, p. 264 :

Théoriquement, l'administration a le droit d'élever le conflit quand elle juge que ses prérogatives peuvent être lésées par le jugement d'un tribunal judiciaire. Mais c'est là un droit dont elle n'use guère en pratique ; à peine cite-t-on quelques cas de conflits, élevés au lendemain de la promulgation de la Constitution. Depuis bien des années, le conflit en Belgique n'est plus connu que par l'histoire.

En cas d'ordre supérieur, le fonctionnaire qui a agi sera dégagé de sa responsabilité si l'ordre lui a été régulièrement donné par un supérieur à qui il doit l'obéissance hiérarchique. Et c'est le supérieur qui sera responsable. En Belgique donc (c'est une différence avec l'Angleterre qu'il est bon de signaler), l'inférieur n'a jamais à se préoccuper de la légalité de l'ordre reçu, il n'a qu'à obéir, sans se soucier de la légitimité de l'acte qu'il fait. Il sera irresponsable s'il s'est cantonné dans la stricte observation des instructions reçues (1). C'est ainsi que pour un cas d'arrestation et de détention arbitraire, ce n'est pas l'agent de police ayant arrêté le particulier, ni le geôlier qui l'a retenu en prison, qui ont été condamnés à des dom-

---

c'est ainsi qu'un bourgmestre a été condamné à des dommages-intérêts envers un citoyen arrêté sans motif légitime (Cass belge, 25 février 1833. Pasicrisie, 1832-1836, p. 47). — De même, il a été jugé qu'un conseiller communal devait réparer le préjudice qu'il commettait en calomniant en séance publique un fonctionnaire de la commune.

(1) Errera, *Traité de droit public belge*, p. 263.

mages-intérêts, mais le commissaire qui avait ordonné l'arrestation, en dehors des cas prévus par la loi (1). En Angleterre, le policeman et le gardien de la prison auraient été condamnés.

Néanmoins, il ne faut pas généraliser. Si un fonctionnaire obéissait à un ordre, le sachant illégal, et si son obéissance lui était dictée par un motif de dol ou de fraude envers le particulier, il serait responsable tout comme son supérieur.

Les principes belges, sans être aussi excessifs que le sont peut-être les principes anglais et américains, ont fait leurs preuves ; ils sont justes et modérés, pratiques aussi : la séparation des autorités administrative et judiciaire est observée bien qu'elle soit dépouillée du caractère sacro-saint dont elle est revêtue en France. Les droits des particuliers sont respectés sans que, pour cela, on ait sacrifié les prérogatives de l'Etat; c'est un résultat qu'il est bon de montrer et d'apprécier.

5° *En Suisse* (2)

Les fonctionnaires suisses peuvent être fonctionnaires fédéraux ou fonctionnaires cantonaux.

---

(1) Tribunal de Bruxelles, 27 janvier 1844, *Belgique judiciaire*, 1844, p. 374.

(2) Voir H. Guérin, *Responsabilité civile des fonctionnaires administratifs*, p. 270; — Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 154 ; — Pascaud, Responsabilité de l'Etat (*Revue générale du droit*, 1900, p. 503) ; — *Annuaire de*

Les premiers sont soumis à la législation fédérale, les seconds, jusqu'au 1er janvier 1912, sont soumis à des législations diverses selon les cantons.

La responsabilité civile des fonctionnaires fédéraux est régie par une loi du 9 décembre 1850, posant en principe que « les membres des autorités fédérales exécutives et judiciaires, ainsi que les autres fonctionnaires, sont responsables de leur gestion » (art. 2). Et l'art. 7 de la même loi exige deux seules conditions pour qu'il y ait lieu à dommages-intérêts : 1° il faut de la part du fonctionnaire un acte ou une omission contraire à la loi ; 2° un dommage causé par cet acte ou cette omission.

On voit que, d'après ces principes, il faut et il suffit pour que la responsabilité du fonctionnaire soit engagée, qu'il ait violé la constitution ou les lois, et qu'il ait lésé les intérêts d'un particulier.

Mais cette théorie, bien belle, certes, se trouve singulièrement restreinte dans son application pratique. Tout d'abord elle ne s'applique qu'aux fonctionnaires fédéraux, et non pas aux fonctionnaires cantonaux ou communaux. De plus (et nous allons voir une restriction très grave au droit de poursuite), la jurisprudence a admis que l'Etat pouvait couvrir l'acte de son agent. Et dans ce cas, c'est l'Etat qui prend la responsabilité de

---

législation étrangère, 1885, p. 475 ; Dr W. Burckhardt, *Kommentar der Schweizerischer Bundesverfassung*, article 117 de la Constitution.

l'acte, en en déchargeant son fonctionnaire. Dès lors, la responsabilité peut n'être qu'un leurre, car la poursuite de l'Etat, outre qu'elle est estimée peu pratique par beaucoup, n'assure pas à la collectivité, comme la responsabilité du fonctionnaire, la bonne gestion des services publics.

Enfin, les fonctionnaires fédéraux ne sont qu'une minorité dans la République suisse, et la responsabilité des fonctionnaires cantonaux et des fonctionnaires communaux reste réglée par la législation des cantons, d'où des différences très grandes suivant les cas.

Dans le canton de Zurich, les membres et employés des administrations publiques répondent, envers les particuliers, du dommage qu'ils leur ont causé avec intention ou par suite d'une grossière négligence. Toutefois, si les personnes lésées ont à leur disposition une voie de droit pour écarter le dommage, elles devront en user tout d'abord. Si la personne lésée n'a pas pu écarter le dommage, si elle a été obligée de le subir, elle pourra poursuivre le fonctionnaire (1).

A côté de cette législation, très large en somme, nous trouvons celle du canton de Saint-Gall, où, au contraire, la responsabilité des agents est soumise à de sévères restrictions : la responsabilité est limitée aux seuls cas de faute lourde ou de dol. L'action se prescrit par un an ou trois mois, selon

---

(1) Art. 419 et 421 du Code civil du canton de Zurich.

que le dommage a été commis intentionnellement ou non. De plus, avant toute poursuite, il faut demander l'autorisation au conseil d'Etat par l'intermédiaire du préfet. L'autorisation ne sera accordée que moyennant caution. Ici la responsabilité est des plus atténuées. Dans le canton de Berne, le particulier lésé peut poursuivre à la fois l'Etat et le fonctionnaire. Dans le canton de Soleure, le fonctionnaire est responsable et en cas de non-solvabilité, l'Etat est subsidiairement responsable. Dans les cantons de Schaffouse, Thurgovie, Fribourg, le particulier demande à l'autorité supérieure de déclarer le fonctionnaire responsable. En cas de refus, on peut se tourner contre l'Etat. Enfin, à Uri, le fonctionnaire est responsable jusqu'à concurrence du montant de son cautionnement et l'Etat, subsidiairement, jusqu'à concurrence du double de ce cautionnement.

D'après le nouveau Code civil suisse (1), qui entrera en vigueur le 1er janvier 1912, les fonctionnaires seront civilement responsables de leurs actes faits dans l'exercice de leurs fonctions. Il est intéressant de rapprocher des articles 50, 51 et 52 de notre Code civil traitant de la responsabi-

(1) C'est à M. Hilty, professeur à la Faculté de droit de Berne que nous devons les renseignements qui suivent sur le nouveau Code civil suisse ; il a bien voulu nous donner son avis sur la question nous intéressant et nous mettre aussi en relation avec d'autres jurisconsultes ; nous tenons à l'en remercier ici.

lité des officiers de l'état-civil, les articles 42 et 44 du nouveau Code civil suisse traitant du même sujet: « Les officiers de l'état-civil et les autorités de surveillance immédiate sont personnellement responsables de tout dommage causé par leur faute ou celle des employés nommés par eux. Les cantons sont tenus subsidiairement du dommage non réparé par les fonctionnaires responsables. »

Le nouveau Code, très libéral, nous a permis de classer la Suisse parmi les pays admettant la responsabilité civile des fonctionnaires, sans entraves mises aux poursuites.

Section II

Irresponsabilité civile absolue

Tout à fait à l'opposé de la responsabilité civile sans entraves, se trouve l'irresponsabilité absolue. On conçoit que l'on puisse décharger les fonctionnaires de la responsabilité qui pèse sur eux par suite de faits accomplis dans l'exercice de leurs fonctions. C'est d'ailleurs ce qui se passe dans toutes les civilisations peu avancées : le chef de tribu (le premier fonctionnaire) est irresponsable parce qu'il est le plus fort, et cette force est la raison même pour laquelle il est chef. Puis, la tribu s'agrandissant, le chef est obligé de s'adjoindre des lieutenants, qui seront irresponsables, parce qu'ils sont, eux aussi, la force.

Mais bientôt une distinction commence à se fai-

re jour : jusqu'ici, le chef, c'était l'Etat. Ils ne se distinguaient pas l'un de l'autre, mais on commence à s'apercevoir que ce sont deux êtres bien différents et, dès lors, la force brutale n'étant plus suffisante pour justifier le fait du commandement, on essaiera de l'expliquer par un droit surnaturel : le monarque est représentant de la divinité, qui veut par lui. Parfois même, le monarque sera déifié. Ses lieutenants, jusqu'ici, comme lui, ont été irresponsables ; ils ont participé à la nature divine. Ils sont tellement au-dessus du commun des mortels que nul ne peut les assigner en justice. Seul, le monarque peut les citer devant lui : leur responsabilité leur est légère ! Néanmoins, c'est déjà une responsabilité ; le fonctionnaire est responsable de ses fautes vis-à-vis de l'Etat. Mais il ne l'est pas vis-à-vis des particuliers, pas plus d'ailleurs que l'Etat tout puissant. Le particulier n'aura droit à la réparation du préjudice causé par l'acte d'un fonctionnaire que plus tard dans l'histoire de la civilisation.

A l'heure actuelle, l'irresponsabilité absolue du fonctionnaire est à peu près universellement abandonnée, au moins en ce qui concerne les fonctionnaires administratifs ; nous verrons que dans certains pays, l'irresponsabilité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire est encore admise.

Il est bien évident, tout d'abord, que dans aucun cas l'irresponsabilité du fonctionnaire ne peut être déclarée d'une façon absolument générale. En effet, cette irresponsabilité ne peut pas cou-

vrir un citoyen chargé d'une fonction publique, pour les actes accomplis par lui en tant que citoyen. On conçoit bien que, pour des raisons théoriques ou pour des motifs pratiques, on interdise les poursuites contre un fonctionnaire agissant en tant que fonctionnaire. On conçoit que, dans ce cas, il puisse être irresponsable. Mais il ne s'ensuit pas que ses actes d'homme privé soient recouverts de la même irresponsabilité ; il ne doit pas, il ne peut pas être équitablement reconnu comme quasi-infaillible. Dans le même individu, il faut considérer le fonctionnaire et le citoyen : les fautes du fonctionnaire peuvent avoir un caractère spécial qui impose aux particuliers le préjudice qui peut en naître pour eux. Mais ce caractère spécial n'existe pas à l'égard des fautes commises par le fonctionnaire en tant que citoyen ; il est ici l'égal des autres, et n'a aucun caractère de supériorité.

Mais si l'irresponsabilité ne peut couvrir que les actes du fonctionnaire agissant dans sa qualité de fonctionnaire, couvre-t-elle tous les actes accomplis avec cette condition ? Non, car si l'on peut admettre qu'un agent de l'Etat est irresponsable de sa faute, peut-on admettre aussi qu'il soit irresponsable de son dol ? Ce serait livrer tous les simples citoyens, sans défense, à l'arbitraire et à la toute-puissance de fonctionnaires qui, assurés de l'impunité, abuseraient constamment de leurs pouvoirs. Une telle doctrine n'a jamais pu exister que dans la horde primitive. Un agent

de l'Etat qui se rend coupable d'un crime ou d'un délit, ne peut pas, dans un pays civilisé, être déclaré irresponsable de son acte sous le prétexte qu'il a accompli son acte criminel ou délictuel dans l'exercice de ses fonctions ; non seulement il devra pouvoir être poursuivi devant la Cour d'assises ou devant le tribunal correctionnel, mais encore la victime doit pouvoir lui demander des dommages-intérêts ; la simple équité demande que le préjudice causé à la victime soit réparé, et qu'il soit réparé par le coupable lui-même.

En somme, la théorie de l'irresponsabilité civile ne peut couvrir que les actes faits par un fonctionnaire dans l'exercice de sa fonction, et à la condition que son acte ne soit pas entaché de dol.

Mais, ces réserves une fois faites, certains auteurs ont estimé que les fonctionnaires devaient être normalement irresponsables ; l'Etat doit assurer la bonne marche des services publics ; s'il peut le faire par un choix meilleur de ses agents et par une surveillance plus grande, pourquoi mettrait-il à leur charge une responsabilité civile pour leurs fautes, qui risquerait de les rendre craintifs, timides et pusillanimes dans l'exercice de leurs fonctions ? C'est à peu près ce que m'écrivait M. de Hartog, professeur à l'Université d'Amsterdam, que j'avais consulté à ce sujet (1) : « Le besoin de la responsabilité civile des fonc-

(1) Lettre de M. de Hartog en date du 21 juillet 1909.

tionnaires, dans un certain pays, dépend des autres institutions qui ont pour but et pour résultat d'assurer l'exactitude et l'honnêteté des fonctionnaires. A défaut de pareilles institutions, une responsabilité civile peut être bien à sa place, mais je crois que le fonctionnaire doit être responsable seulement en cas de dommage dû à son intention frauduleuse. » Ainsi, d'après M. de Hartog, le fonctionnaire ne serait pas normalement responsable de ses fautes, mais seulement de son dol ; et il ajoute, d'ailleurs : « En général, une responsabilité civile ne me semble donc ni juste, ni utile. »

Cette théorie était jadis très répandue, mais de nos jours on tend de plus en plus à faire rentrer le fonctionnaire dans le droit commun, et la doctrine de l'irresponsabilité perd chaque jour des adeptes ; la raison en est facile à donner, car outre les résultats pratiques de cette théorie, résultats qui, nous le verrons plus loin, ne sont pas très brillants, elle est basée sur des théories de droit public qui, de nos jours, ne sont plus soutenues par beaucoup d'auteurs.

Tout d'abord sont partisans de l'irresponsabilité civile des fonctionnaires, les auteurs qui mettent le droit divin à la base de la souveraineté, et qui reconnaissent à tous les fonctionnaires la qualité d'organes du pouvoir : Windscheidt ne reconnaît comme responsable que l'Etat, à l'exclusion des fonctionnaires, pour fautes de ces derniers, parce que, dit-il, les actes faits par les agents sont les actes de l'Etat, ils sont censés être

faits par lui, et ils sont faits pour lui (1). De même, M. Giron dit : « Tout acte fait dans l'exercice d'une attribution légale est censé le fait du souverain lui-même. » (2) Dès lors, si le souverain est par essence irresponsable, le fonctionnaire doit l'être par voie de conséquence logique. Mais cette théorie a le grave défaut de voir dans tout fonctionnaire un organe de l'Etat. En est-il ainsi dans la réalité ? Nous ne le croyons pas. Il n'est pas vrai que tout acte d'un fonctionnaire quelconque soit le fait de l'Etat lui-même. Certains fonctionnaires peuvent bien vouloir au nom de l'Etat, et l'engager par leur volonté ; ceux-là sont bien organes. Mais on ne peut généraliser ; beaucoup de fonctionnaires, le plus grand nombre, ne veulent pas pour l'Etat ; leurs volontés et leurs actes n'engagent pas la collectivité. On ne conçoit pas, dès lors, pourquoi ceux-ci verraient reporter sur la personne-Etat, la responsabilité qui devrait normalement leur incomber.

En pratique, deux cas peuvent se présenter dans les pays où les fonctionnaires sont irresponsables : ou bien nul patrimoine n'indemnisera les particuliers lésés par l'acte d'un fonctionnaire, ou bien la responsabilité des actes de ses agents sera assumée par l'Etat lui-même. Le premier cas ne peut se produire que dans des pays extrêmement arriérés au point de vue du droit public,

---

(1) Windscheidt, *Lehrbuch den Pandeckt*, § 470.
(2) Giron, *Droit administratif belge*, tome I, n° 229.

que dans des pays soumis à l'autocratie la plus absolue. Avec ce système, le citoyen est livré, pieds et poings liés à l'Etat, il est taillable et corvéable à merci ; même si un agent de l'Etat le lèse par un acte commis sans droit, il ne peut demander réparation du préjudice causé. Ce système est aujourd'hui complètement abandonné, et depuis longtemps.

La doctrine qui est encore admise de nos jours dans certains pays et par certains auteurs, est celle qui rend l'Etat responsable des actes faits par ses fonctionnaires.

La responsabilité civile, dit-on, offre de graves inconvénients : elle garantit, il est vrai, les intérêts des particuliers. Mais ces intérêts ne sont pas tout, il ne faut pas considérer seulement les individualités : il faut considérer aussi les intérêts de la collectivité, représentée par l'administration ; et la responsabilité civile des fonctionnaires est un danger véritable pour elle. En effet, un fonctionnaire, si bon soit-il, peut un jour, par inadvertance, outrepasser ses droits ; faut-il le rendre responsable de tous ses actes, même de ses fautes les plus légères ? Mais alors, la crainte le rendra timoré, il n'osera plus agir dès que le cas lui paraîtra douteux ; il sera, de plus, à la merci de plaideurs de mauvaise foi, qui souvent le poursuivront pour des motifs politiques. Faut-il rendre le fonctionnaire responsable, non pas de toutes ses fautes, mais seulement de ses fautes lourdes ? Mais il y a là une question d'appréciation

fort délicate, et l'inconvénient des poursuites politiques reste entier, aggravé encore par l'incertitude d'une jurisprudence forcément flottante, étant donnée la subtilité de la distinction d'où dépendrait la responsabilité ou l'irresponsabilité du fonctionnaire. En somme, dit-on, mieux vaut encore avoir des agents de l'Etat irresponsables (1).

Et l'on ajoute que c'est l'Etat qui doit être seul responsable des fautes de ses agents, car il n'avait qu'à mieux les choisir, et à mieux les surveiller. Cette théorie est celle de certains civilistes (2).

On a dit encore que l'Etat était responsable de la faute de ses fonctionnaires par suite d'une sorte de contrat d'assurances qui se passait entre l'individu et l'Etat. Celui-ci se charge « de faire régner le droit ». Si un de ses agents viole ce droit et lèse un des administrés, c'est lui, Etat, qui est pécuniairement responsable; le fonctionnaire doit l'être pénalement et hiérarchiquement (3).

---

(1) Cf. H. Guérin, *Responsabilité civile des fonctionnaires administratifs*, p. 8

(2) Voir Demolombe, *Cours de Code Napoléon*, tome XXXI, p 553; - Marcadé, *Explication du Code civil*, tome V, p. 270; — Aubry et Rau, *Droit civil*, tome IV, p. 759; — Sourdat, *Traité de la Responsabilité*, tome II, n° 1302. — Voir aussi Picot, *Responsabilité de l'Etat du fait de ses préposés*, p. 147 ; — Fabars. *Responsabilité des instituteurs*, p. 141.

(3) Löning, *Die Haftung des Staats aus rechtswidrigen Handlungens seinen Beamten*, p. 107 et s.

Au point de vue des avantages et des inconvénients que peut avoir la théorie de l'irresponsabilité civile des fonctionnaires, une distinction doit être faite entre les fonctionnaires de l'ordre judiciaire et les autres. Cette distinction est, avant tout, pratique : les agents de l'Etat chargés de rendre la justice doivent être indépendants pour n'écouter que leur conscience ; ils doivent avoir plus de garanties encore que les autres fonctionnaires.

§ 1. — Les fonctionnaires de l'ordre administratif

L'irresponsabilité des agents administratifs a pourtant des avantages : tout d'abord, le fonctionnaire ne sera pas arrêté dans sa tâche par la crainte d'une responsabilité écrasante. Dans les cas douteux il aura la plus grande liberté d'esprit. S'il était responsable, il serait tenté d'agir (même au détriment des intérêts de la collectivité) de façon à mettre à couvert sa responsabilité personnelle, et quand un fonctionnaire devra faire un acte au profit de tous, allant directement contre les intérêts d'un citoyen, il le fera sans hésitation, s'il est irresponsable, tandis qu'il serait tenté de s'abstenir s'il craignait une poursuite de la part du citoyen lésé (1).

---

(1) H. Guérin, *Responsabilité civile des fonctionnaires administratifs*, p. 9.

Un autre avantage de l'irresponsabilité, c'est qu'elle soustrait le fonctionnaire aux luttes politiques. Si on pouvait librement le poursuivre, il serait en butte à toutes les vengeances. Les partis d'opposition se vengeraient sur lui de leurs rancunes contre le gouvernement. Le fait s'est fréquemment produit, spécialement contre les instituteurs. Une loi a été obligée d'intervenir : celle du 20 juillet 1899, qui a substitué la responsabilité civile de l'Etat à celle des membres de l'enseignement public, pour les dommages causés par leurs élèves pendant le temps où ils sont sous leur surveillance. En ces dernières années, l'animosité a paru augmenter encore contre les instituteurs, et l'on parle de leur accorder une irresponsabilité complète, trouvant que ce serait le remède le plus sûr pour faire cesser les attaques auxquelles ils sont exposés (1). Nous verrons, à la fin de cette étude, ce qu'il faut penser de la responsabilité des instituteurs ; ce qu'il nous faut retenir pour le moment, c'est seulement le mérite qu'a l'irresponsabilité de soustraire le fonctionnaire administratif aux luttes et aux querelles politiques, dont il devrait toujours être éloigné.

L'irresponsabilité, dit-on, a encore un avantage : c'est qu'elle n'éloigne pas, comme le ferait la responsabilité, les candidats à certaines fonc-

---

(1) Voir un article de M. Rolland sur les rapports des instituteurs et pères de famille (*Revue du Droit public*, tome XXV, n° 3, septembre 1908, p. 505.)

tions, peut-être honorifiques, mais gratuites. On accepte encore de ne pas voir sa peine rémunérée, mais on tient à être garanti et à être assuré que l'on ne sera pas obligé de réparer le préjudice involontairement causé. A ce point de vue, l'irresponsabilité ne décourage pas les bonnes volontés, qui ne demandent qu'à se manifester.

En somme, les partisans de l'irresponsabilité font valoir que le pays serait mieux administré avec des fonctionnaires civilement irresponsables. Les lois pénales sont suffisantes, disent-ils, pour punir les crimes et les délits commis par des fonctionnaires ; les peines disciplinaires suffisent aussi pour réprimer leurs fautes et leurs erreurs ; l'irresponsabilité les rendra moins timorés dans l'accomplissement de leurs devoirs.

Mais à côté de ces avantages, on trouve à l'irresponsabilité des inconvénients bien graves. Tout d'abord, les particuliers sont livrés sans défense à la tyrannie des fonctionnaires. Ils n'ont aucun moyen pratique d'obtenir satisfaction ; les peines disciplinaires ou les dispositions pénales punissent bien le fonctionnaire coupable, mais si ce sont là des mesures répressives, elles ne sont pas réparatrices, et c'est la réparation plutôt que la répression qui intéresse les particuliers lésés. Les recours contentieux sont d'ordinaire d'un usage peu commode ; ils sont mal connus et mal vus du gros public, qui hésite à s'en servir. De plus, par ce moyen, on peut bien faire cesser le dommage, mais on ne peut faire réparer le tort causé.

Une responsabilité civile est donc nécessaire au point de vue de la justice et de l'équité. De plus, l'irresponsabilité civile des fonctionnaires crée pour eux un privilège mal vu du public ; ce privilège risque de faire naître chez des particuliers une sourde animosité contre les fonctionnaires, animosité dont toute l'administration aurait à souffrir. Enfin, le fonctionnaire se sachant irresponsable civilement, risquera de se croire invulnérable ; il sait, en effet, que l'on ne peut le poursuivre au criminel pour de simples fautes, en l'absence de tout crime ou délit, et quant aux peines disciplinaires, il ne les craint guère, étant donné d'abord que souvent il sera couvert par ses chefs, et ensuite que ces peines ne seront pas extrêmement lourdes d'ordinaire. Les chefs hiérarchiques, en effet, risquent d'être pleins d'indulgence pour des fautes qu'ils auraient pu commettre, eux aussi. Si bien que le fonctionnaire, se croyant sûr (ou à peu près) de l'impunité, se laissera aller peu à peu à la négligence.

Ces inconvénients, beaucoup plus graves que les avantages que nous avons vus, ont fort réduit le nombre des législations admettant l'irresponsabilité des fonctionnaires administratifs.

1° *Système autrichien* (1)

L'Autriche, pourtant, admet encore l'irresponsabilité des fonctionnaires, du moins en fait. M. Bernatzick (2), professeur à l'Université de Vienne, que j'avais consulté sur la question, me répondait que « ces principes (de la responsabilité civile des agents de l'Etat) n'ont pas encore pénétré dans la législation autrichienne. Au temps de l'absolutisme, il n'incombait, en général, aucune responsabilité aux fonctionnaires. » En effet, on était encore sous l'empire d'une ordonnance du 14 mars 1806 (3) qui commence, il est vrai, par reconnaître que des fonctionnaires sont responsables de leurs actes, mais qui, tout aussitôt, supprime d'une façon détournée cette même responsabilité ; elle défend d'assigner « en aucun cas, devant les tribunaux civils, les employés de l'Etat,

---

(1) Il faut distinguer ici l'Autriche et la Hongrie qui ont deux législations différentes, cisleithane et transleithane. L'Autriche n'admet pas la responsabilité civile des fonctionnaires ; la Hongrie en admet une mitigée. — Voir Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires administratifs*, p. 156 ; — H. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 297 ; — Pascaud, De la responsabilité de l'Etat (*Revue générale du droit*, 1900, p. 501) ; — Lacoin, Rapport à la société des prisons (*Revue pénitentiaire*, 1906, p 406.)

(2) Lettre de M. Bernatzick, en date du 10 juillet 1909.

(3) Dareste, *La justice administrative*, p. 520 et *Annuaire de législation étrangère*, année 1875, p. 253.

à raison d'actes accomplis dans leurs fonctions. L'autorité administrative seule a le droit d'apprécier ces actes ». Mais ce droit « d'appréciation » ne donne à la cour de justice administrative qu'un droit de cassation ; elle ne peut accorder à la victime des dommages-intérêts.

Après l'absolutisme, la loi organique du 21 décembre 1867 est intervenue, réglant les rapports du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif. Dans son article 12, elle déclare les fonctionnaires responsables « des atteintes au droit résultant de la violation de leurs devoirs » (1) L'article 15 de cette même loi autorise « quiconque se prétend lésé dans ses droits par une décision ou une mesure de l'autorité administrative, à réclamer devant la Cour de justice administrative, contre le représentant de l'autorité administrative ». Cette loi semble donc bien admettre la responsabilité des fonctionnaires, mais ce n'est là qu'une illusion d'optique ; en effet, la Cour de justice administrative ne peut pas condamner à des dommages-intérêts, elle ne peut qu'annuler l'acte. Ainsi que me le faisait remarquer M. Bernatzick, « pour appliquer utilement cette loi, il fallait faire un décret, que l'on n'est pas encore arrivé à mettre sur pieds ».

---

(1) Rapporté par M. Bernatzick dans sa lettre citée plus haut.

2° *Système hollandais* (1)

La loi hollandaise a tourné la difficulté ; il n'y a pas de loi générale traitant de la responsabilité des fonctionnaires. L'article 1401 du Code civil hollandais, semblable à notre article 1382, n'a pas rapport aux fonctionnaires publics, d'après une jurisprudence constante. Un certain nombre de lois spéciales sont venues édicter une responsabilité civile dans certains cas prévus et pour certains agents particulièrement visés. Ainsi, les huissiers sont tenus de réparer les dommages pouvant naître des fautes contenues dans un de leurs exploits. Les conservateurs des hypothèques sont soumis à la même responsabilité que l'art. 2202 du Code civil français met à leur charge. Les douaniers doivent réparer les dommages qu'ils causent aux marchandises inspectées par eux. Enfin, les « inspecteurs de vaisseaux » sont personnellement responsables des retards injustifiés apportés dans la circulation des navires. Mais, ce sont là des exceptions, et l'irresponsabilité civile des fonctionnaires reste la règle. L'Etat ne répare que le préjudice causé par ses agents agissant en tant que représentants directs, c'est-à-dire en tant qu'organes. Cette réparation suffit, paraît-il, et

(1) Renseignements donnés par M. de Hartog dans la lettre déjà citée.

« le besoin ne s'est pas fait sentir d'une législation plus complète ». Heureux pays, où les relations entre l'Etat et les particuliers ne connaissent ni heurts, ni accidents, où tout se passe au plus grand avantage des individualités et de la communauté !

§ II. — Les fonctionnaires de l'ordre judiciaire

L'irresponsabilité, en ce qui concerne les fonctionnaires de l'ordre judiciaire, se présente sous un jour un peu différent ; les magistrats, dit-on, doivent être suffisamment défendus contre l'Etat et contre les particuliers, pour qu'ils ne suivent que les impulsions de leur conscience. Ils sont chargés de proclamer le droit, il faut qu'ils n'offrent aucune prise à la crainte, ni envers l'Etat, ni envers les justiciables. Il faut que ni l'un, ni les autres, ne puissent les influencer. Ils sont défendus contre le premier par l'inamovibilité, ils doivent l'être contre les citoyens par l'irresponsabilité. « Quand, au Moyen-Age, disait M. Morizot-Thibault dans son rapport sur la responsabilité des magistrats à l'Académie des sciences morales et politiques, quand, au Moyen-Age, tout plaideur peut appeler de la sentence de son juge en le faisant descendre dans l'arène, le magistrat consulta moins sa conscience que la force des parties, et le droit s'effaça devant la crainte. » (1)

(1) *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques*, année 1905, tome I, p. 553.

Il ne faut pas que, de nos jours, il en soit ainsi, il ne faut pas, dit-on, que le plaideur puisse faire descendre son juge dans l'arène, il ne faut pas qu'il puisse lui imputer à crime ses fautes. S'il en était ainsi, la pusillanimité entrerait dans l'âme des juges, pusillanimité incompatible avec la grandeur de leur rôle. Le souci de leur propre responsabilité primerait peut-être le souci du respect du droit. Il faut que l'irresponsabilité soit leur sauvegarde, que grâce à elle ils puissent juger sans craindre les attaques des parties. Evidemment, on peut toujours craindre que l'irresponsabilité complète rende les magistrats négligents. (Nous avons déjà vu que c'était un des arguments les plus solides contre l'irresponsabilité des fonctionnaires administratifs.) Néanmoins, on a parfois admis, en pratique, qu'il importe avant tout de soustraire les juges à l'influence et à la crainte des parties, et cette idée s'est parfois fait jour dans la législation.

Ainsi, une ordonnance royale, en 1540, proclame que le magistrat ne sera responsable que de son dol, de sa fraude ou de sa concussion. Antérieurement à cette date, les juges répondaient de leur faute manifeste. C'était beaucoup plus large. Cette ordonnance de 1540 ne proclame donc la responsabilité du juge que pour les cas où l'intention frauduleuse est prouvée. La preuve était le plus souvent difficile à faire. En somme, le principe de l'irresponsabilité pour la simple faute

était implicitement proclamé, le particulier n'étant protégé que contre les fautes voulues.

Le système présentait plus d'inconvénients que d'avantages ; aussi ne put-il pas durer. L'ordonnance de Blois, en 1579, ramena l'ordre normal et précédemment admis en déclarant que le magistrat pouvait être pris à partie pour toute faute manifeste. C'était un sage retour en arrière (1).

Système anglais

En Angleterre, nous trouvons l'irresponsabilité des fonctionnaires de l'ordre judiciaire. La législation, sur ce point, est d'autant plus intéressante à connaître que, on le sait, nos voisins d'outre-Manche ne s'encombrent pas de théories pour assurer le bon fonctionnement de leurs services ; ils ne se basent que sur le rendement plus ou moins satisfaisant que donnent les divers systèmes préconisés, une fois adaptés à la réalité des choses. C'est ainsi que, après avoir admis la responsabilité civile sans entraves pour les fonctionnaires administratifs, ils ont admis d'une façon à peu près absolue l'irresponsabilité des magistrats, du moins en ce qui concerne ceux des Cours supérieures. Si l'Angleterre a adopté ce système,

(1) *Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* (Rapport de M. Morizot-Thibault), année 1905, tome I, p. 556.

c'est qu'elle a pensé que la responsabilité lui donnait des agents plus sagement préoccupés des intérêts du public, tandis que l'irresponsabilité lui donnait des juges plus impartiaux et moins timorés.

Cette irresponsabilité des magistrats a été niée parfois. M. Alexandre Ribot, en séance de l'Académie des sciences morales et politiques, eut un jour l'occasion de dire qu'en Angleterre tous les fonctionnaires, même les juges, sont responsables de toute violation de la loi (1).

MM. de Franqueville et Esmein lui répondirent en faisant observer que les magistrats des Cours supérieures, sont irresponsables en principe, mais qu'il y a lieu de faire exception pour les attentats — et même, d'une façon plus générale, pour les atteintes — à la liberté individuelle (2).

Cette irresponsabilité des magistrats des cours supérieures peut se prouver par les auteurs anglais eux-mêmes. Sir Archibald Brown nous dit : « Aucune action n'est possible contre les juges — au moins contre ceux des cours supérieures — à raison d'un acte ayant un caractère judiciaire, alors même que le plaignant allèguerait la ma-

---

(1) *Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques*, année 1905, tome I, p. 600. M. Lacoin a fait la même erreur dans son rapport à la Société des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 405.

(2) *Séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques*, 1905, t. I, p. 603, 605, 610 et suiv.

lice ou l'oppression, et cela peut venir, en partie, de la difficulté d'établir que le dommage est la conséquence naturelle du délit. » (1) Et M. William Anson dit aussi : « Deux classes de fonctionnaires de l'Etat, les militaires et les juges, paraissent avoir une condition spéciale en ce qui concerne la règle de la responsabilité civile... Aucune action n'est possible contre un juge à raison des actes accomplis ou des paroles prononcées en sa capacité judiciaire, dans une Cour de justice. » (2)

Toutefois, nous répétons que ces principes, si généraux qu'ils soient, ne s'appliquent pas au cas d'une atteinte à la liberté individuelle, c'est-à-dire en cas de refus d'un *writ d'habeas corpus*. Dans ce cas, et dans ce seul cas, la responsabilité civile peut atteindre les magistrats des Cours supérieures.

Section III

Système des garanties

Nous avons vu les avantages et les inconvénients que présente chacun des deux systèmes de la responsabilité civile sans entraves et de l'irresponsabilité absolue. Nous avons vu que dans chacun

---

(1) Archibald Brown, *Stephen's Commentaries on the law of England*, 13e édition, 1899, t. III, p. 402.

(2) William R. Anson, *The law and custom of the Constitution*, 2e édition, 1896, t. II, p. 477.

des deux systèmes, il y a des imperfections qui rendent redoutable leur adaptation à la pratique. Ces imperfections ont fait naître l'idée d'un moyen terme, d'un système mixte qui aurait les avantages des deux théories précédentes sans en avoir les inconvénients. D'un côté, pour avoir des fonctionnaires soigneux, attentifs, remplissant bien leurs fonctions, soucieux de sauvegarder les intérêts légitimes des citoyens, on les rendra responsables des dommages nés d'une de leurs fautes : emprunt fait dans l'intérêt des administrés au système de la responsabilité. Mais pour éviter que les fonctionnaires ne soient rendus timorés par la perspective d'une charge écrasante, pour éviter aussi qu'ils soient en butte à des tracasseries incessantes et à des procès sans motif raisonnable, on les protègera par des mesures restreignant le nombre des poursuites ou en leur donnant un privilège de juridiction. On se rapprochera ici du système de l'irresponsabilité, à la fois dans l'intérêt des fonctionnaires et de l'administration elle-même.

C'est ce système mixte que l'on a appelé « système des garanties ».

Trois moyens se trouvent en présence, moyens qui tous trois ont été employés à diverses époques et dans certains pays, tantôt séparément, tantôt cumulativement.

Le premier moyen est un moyen *préventif* : un citoyen se prétendant lésé par suite d'une faute commise par un fonctionnaire agissant dans

l'exercice de ses fonctions, ne pourra le poursuivre que s'il a une *autorisation préalable,* émanée d'une autorité compétente pour cela.

Le second moyen est un moyen *répressif* : le citoyen peut poursuivre librement le fonctionnaire, mais si la poursuite est jugée téméraire, si elle n'a qu'un but vexatoire, le citoyen demandeur se verra condamné à des dommages-intérêts et à une amende.

Il y a enfin un troisième moyen de garantir les agents de l'Etat, moyen pouvant être employé dans les pays ayant adopté la théorie de la séparation des pouvoirs : s'il est admis que les tribunaux judiciaires ne peuvent connaître des actes administratifs, les particuliers lésés par l'acte d'un fonctionnaire pourront poursuivre ce dernier devant les tribunaux judiciaires, s'il a commis une faute personnelle, distincte de l'acte administratif. Si, au contraire, sa faute ne peut être disjointe de l'acte administratif, les tribunaux judiciaires seront incompétents. On pourra bien, dès lors, poursuivre l'Etat devant les tribunaux administratifs, mais le fonctionnaire sera irresponsable. Ce sera l'Etat qui devra réparer le dommage, s'il y a lieu.

§ Ier — Système préventif

Le système préventif a l'avantage d'empêcher les poursuites faites à la légère ou de mauvaise foi, tandis que le système répressif ne les empêche pas, et ne fait que les punir.

Selon la terminologie adoptée par tous les auteurs de droit public, après M. Larnaude, nous pouvons distinguer la prévention prohibitive qui exige l'autorisation préalable, et la prévention simple qui se contente d'exiger une caution.

La prévention simple fut longtemps en honneur à Rome ; jusqu'à la loi Servilia, tout d'abord, la procédure d'accusation contre les magistrats était celle du *Sacramentum* ; il fallait donc, en se portant accusateur, déposer une somme variant entre 50 et 500 as, ou garantir cette somme par caution. Si l'accusateur perdait son procès, il perdait aussi la somme déposée.

Plus tard, l'accusateur fut mis en prison préventive, comme l'accusé, et au jour de la sentence rendue, si l'accusé était reconnu innocent, c'était l'accusateur qui subissait la peine demandée par lui pour son adversaire (1).

De nos jours, dans notre droit moderne, la prévention prohibitive est surtout employée ; une autorisation préalable est exigée par certaines législations pour pouvoir poursuivre un fonctionnaire. Nous avons déjà dit l'inconvénient que présente un pareil système (2) ; le particulier lésé se trouve dans l'obligation de demander la permission de faire valoir ses droits. Il est dans une situation bizarre ; il a un droit subjectif qu'il ne

(1) A. Guérin, *Responsabilité des magistrats publics en droit romain*, p. 102 et 108.

(2) Voir supra.

peut pas faire valoir ; c'est l'autorisation qui le mettra en état d'en user.

Cet inconvénient est fort grave, aussi les auteurs n'ont-ils pas ménagé leurs critiques au système de l'autorisation préalable. Ce système est une entrave pour les citoyens, nous dit Laurent (1). « C'est une mesure tyrannique, imaginée par le plus habile et le plus absolu des despotes ; elle rend presque illusoire la responsabilité des fonctionnaires » (2). M. Bernard est encore plus sévère ; pour lui, le régime de l'autorisation préalable « est un obstacle au progrès social », parce qu'il encourage l'esprit de routine, en assurant bien souvent les fonctionnaires de l'impunité. « Il favorise l'excès de centralisation » en augmentant les pouvoirs du gouvernement et en lui permettant d'étouffer les plaintes de l'individu. « Il fausse les institutions ; il énerve le pouvoir gouvernemental en l'entraînant à d'inévitables faiblesses ; il enorgueillit les fonctionnaires et les détourne des inspirations de leur conscience ; il accoutume les citoyens à l'humiliation, détruit la liberté civile et la liberté politique en même temps qu'il blesse les idées de justice et d'égalité devant la loi » (3). Ce réquisitoire violent est refait en

---

(1) Laurent, *Droit civil*, t. XX, p. 531.

(2) Toullier, *Droit civil*, t. VI, p. 151, n° 182.

(3) Bernard, Responsabilité des fonctionnaires publics (*Revue critique*, 1878, p. 92).

d'autres termes par M. Jacquelin (1) ; la nécessité de l'autorisation est une dérogation au principe de l'égalité devant la loi ; c'est aussi la contradiction du principe de morale et de droit qui veut que l'on soit responsable de ses actes.

On a essayé de défendre le système de l'autorisation préalable, en se plaçant sur le terrain constitutionnel ; on dit que ce n'est que le corollaire du principe de la séparation des pouvoirs ; il est nécessaire que l'administration puisse empêcher le pouvoir judiciaire de connaître d'un de ses actes, en refusant au particulier le droit de poursuivre le fonctionnaire. Mais, à cela on peut répondre en faisant remarquer d'abord que le droit est au-dessus de toutes les règles de gouvernement, même de la règle de séparation des pouvoirs. Ensuite, de ce qu'un tribunal juge l'acte d'un fonctionnaire, il ne s'ensuit pas fatalement qu'il juge un acte administratif, car tous les actes faits par le fonctionnaire ne sont pas nécessairement revêtus de cette qualité. Enfin, il faut observer que la liberté de poursuivre les fonctionnaires existe dans certains pays qui, comme la Belgique et l'Allemagne, admettent la séparation des pouvoirs (2).

On a dit encore que la garantie administrative

---

(1) Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 115.

(2) Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 118.

n'était que le système de défense correspondant pour les membres du pouvoir exécutif à la garantie parlementaire pour le pouvoir législatif, et à la prise à partie pour le pouvoir judiciaire. Les trois pouvoirs doivent être défendus contre les attaques systématiques et passionnées, pourquoi le pouvoir exécutif ne le serait-il pas comme les autres ? Mais à cela on peut répondre qu'il suffirait que le chef de l'Etat et les ministres soient protégés (1). D'ailleurs, il y a une grande différence entre la garantie parlementaire et la garantie administrative. La première ne protège que la fonction ; la seconde protège d'ordinaire le fonctionnaire. L'Angleterre et les Etats-Unis qui admettent la garantie parlementaire repoussent la garantie administrative (2).

Enfin, on peut s'appuyer encore sur des considérations d'ordre purement pratique pour défendre l'autorisation préalable ; les juges sont inamovibles et sont garantis par la prise à partie ; les fonctionnaires administratifs, eux, sont amovibles ; donc, *a fortiori*, doivent-ils être défendus, dit-on. A quoi l'on peut répondre que si justement les fonctionnaires administratifs sont amovibles, ils sont d'autant plus disposés à obéir aux ordres, même illégaux, de leurs supérieurs ; pour garder

---

(1) Ainsi en Belgique. Voir Errera, *Traité de droit public belge*, p. 214 et 263.

(2) Bernard, Responsabilité des fonctionnaires publics, *Revue critique*, 1878, p. 120.

leur place, ils risquent d'accepter de léser les intérêts des particuliers. C'est une raison de plus pour les rendre pleinement responsables (1).

Voilà les inconvénients que l'on trouve au régime de l'autorisation préalable ; on le voit, ils sont graves, mais surtout théoriques. Le principe peut être mauvais, ainsi que le disent les adversaires du système ; mais l'application peut en être bonne, et c'est ce que disent ses partisans ; ils s'appuient, en effet, sur la nécessité de soustraire les fonctionnaires à des poursuites haineuses et sans motifs légitimes ; on peut gravement compromettre la bonne marche des services de l'Etat en intentant des procès continuels à ses agents. La marche de l'administration en deviendra hésitante, timide, faible, au grand dommage des intérêts publics. Il importe de garantir les fonctionnaires, car, indirectement, cette garantie, en couvrant le fonctionnaire, couvrira aussi l'administration. L'autorisation préalable est la meilleure, la plus sûre des garanties. C'est cette considération pratique qui a fait adopter ce système par certaines législations.

Mais, une fois admis le principe de l'autorisation, il reste encore à voir quel doit être le pouvoir chargé d'autoriser les poursuites.

Est-ce le pouvoir législatif ? Certaines législations l'ont pensé ; ainsi la République du Salva-

---

(1) *Ibid.*

dor (1) ; mais ce n'est guère pratique que dans un petit pays, de mœurs simples, ne s'encombrant pas de nombreuses lois, et de mœurs patriarchales, car dans un grand pays moderne, les représentants de la nation seraient écrasés de besogne s'ils étaient obligés d'étudier toutes les demandes d'autorisation de poursuites ; dans les périodes de crise politique, l'encombrement des demandes serait tel que toutes les affaires d'intérêt général risqueraient d'en souffrir. De plus, dans les pays à régime parlementaire, la majorité étant souvent trop docile aux ordres de l'exécutif, ou, si l'on veut, l'exécutif ne faisant que les seules volontés de la majorité (ici le résultat est le même dans l'un comme dans l'autre cas), il en résulterait que l'autorisation accordée théoriquement par le pouvoir législatif serait pratiquement donnée selon le bon plaisir du gouvernement ; trop souvent, le pouvoir législatif serait tenté de couvrir systématiquement et sans s'inquiéter de l'équité, les actes des agents de l'Etat.

Est-ce donc le pouvoir judiciaire qui devra accorder ou refuser l'autorisation ? Certains auteurs l'ont admis (2). D'après eux, le particulier lésé devrait présenter une requête au tribunal de

---

(1) Constitution du 4 décembre 1883, titre XVI ; *Annuaire de législation comparée*, année 1884, p. 930.

(2) Clappier, Discours sur la responsabilité des fonctionnaires publics devant les tribunaux, prononcé le 3 nov. 1875, devant la Cour d'appel de Nimes.

première instance s'il veut poursuivre un fonctionnaire subalterne, ou bien à la cour d'appel s'il veut poursuivre un fonctionnaire plus élevé dans la hiérarchie administrative. La requête serait examinée en chambre du conseil, et le jugement public accorderait ou refuserait l'autorisation d'assigner. Ce système a l'avantage de soustraire le particulier lésé au mauvais vouloir de l'administration, qui ne peut plus ici couvrir ses agents. Les tribunaux judiciaires seront des juges impartiaux qui accorderont ou refuseront le droit de poursuite selon que la requête leur semblera légitime ou non. Mais si ce système a des avantages, il a aussi des inconvénients ; en effet, le fait même de donner l'autorisation de poursuivre préjugera de la culpabilité et de la responsabilité du fonctionnaire. Trop souvent, le tribunal chargé de juger sur le fond, se sentira lié ou au moins gêné par la sentence antérieure des juges supérieurs, par la sentence qui aura renvoyé le fonctionnaire devant lui. Ce double jugement est donc une complication inutile. En somme, ce système, en pratique, n'est autre chose que le système de la responsabilité sans entraves, que nous avons étudié plus haut, avec cette différence pourtant qu'il est compliqué ici d'une procédure inutile et par conséquent mauvaise (1).

Est-ce donc le pouvoir exécutif qui sera chargé

---

(1) Cf. H. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p 12.

d'accorder ou de refuser les autorisations ? On se heurte ici à un gros, très gros inconvénient ; pour poursuivre un membre de l'administration, c'est à l'administration elle-même qu'il faudra s'adresser. Trop souvent elle couvrira son agent parce que l'acte dommageable de celui-ci n'était pas directement profitable à son auteur, mais l'était pour elle (1). Dans ce cas, le particulier lésé ne pourra obtenir aucune réparation du dommage subi.

Cet argument est extrêmement fort contre ce système et on ne peut le réfuter. On tâche d'y répondre pourtant en disant que l'administration n'est pas nécessairement une marâtre pour les citoyens, et qu'après tout, son honnêteté qui ne peut être mise en doute, lui ferait donner l'autorisation si la plainte du particulier est fondée. Malheureusement, la théorie de « l'Etat honnête homme » n'a jamais été extrêmement populaire, sous aucun gouvernement, et le particulier se méfiera toujours quand il verra l'Etat être à la fois juge et

---

(1) Voir à ce sujet l'avis de Tocqueville sur l'art. 75 de la Constitution de l'an VIII, dans *La Démocratie en Amérique* (Œuvres complètes, tome I, p. 174).

Il faut pourtant distinguer selon que l'autorisation est accordée par l'administration active ou par l'administration juridictionnelle. En effet, l'administration active (préfets, ministres, etc.) peut décider et décide sans être liée par le droit, en se basant surtout sur la question d'opportunité. Dès lors, les intérêts des particuliers ne sont aucunement garantis. Au contraire, l'administration juridictionnelle est liée par le droit, elle ne doit s'appuyer que sur des motifs de justice.

partie. Un argument plus sérieux est celui-ci : les intérêts de la collectivité doivent passer avant les intérêts d'un particulier. Dans un cas spécial, il peut arriver que les intérêts d'un citoyen doivent être sacrifiés à ceux de la collectivité ; l'administration peut seule être juge de ces cas ; elle doit donc seule pouvoir accorder l'autorisation de poursuivre un de ses agents.

Mais il n'en est pas moins vrai que le système donnant à l'administration le droit d'accorder ou de refuser l'autorisation de poursuivre, est un système essentiellement centralisateur et autoritaire. Aussi tous les auteurs vraiment libéraux se sont-ils toujours élevés très vivement contre ce régime ; mais il est commode pour les gouvernements, qui bien souvent l'ont adopté ; nous verrons, en faisant l'historique de la responsabilité des fonctionnaires, qu'adopté en France par la constitution de l'an VIII, ce système a passé de gouvernement en gouvernement, sans être supprimé, jusqu'au décret du 19 septembre 1870, malgré nombreuses promesses faites par les divers régimes qui se sont succédé (1). Encore verrons-nous que le décret de 1870 n'a pas eu, loin de là, toute l'étendue, ni toute l'importance qu'il semble avoir à première vue.

A l'étranger, certaines législations ont adopté le système préventif.

---

(1) Lacoin, Rapport à la Société générale des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 397.

1° *Système italien* (1)

(Pour les préfets, sous-préfets et maires).

La loi du 20 mars 1865 qui a réorganisé l'administration en Italie, a, dans son article 8, prévu la responsabilité de certains fonctionnaires : « Les préfets, les sous-préfets et ceux qui les remplacent, ne peuvent être appelés à rendre compte de leurs fonctions, si ce n'est par l'autorité administrative supérieure, ni mis en jugement pour aucun acte de leurs fonctions sans autorisation du Roi après avis du Conseil d'Etat.» Et l'article 110 ajoute : « La même disposition est applicable aux maires. » Cette procédure s'applique à toutes les instances, aussi bien civiles que criminelles. La jurisprudence est très large, puisque sur 631 autorisations demandées pendant les années 1879 à 1883, 530 ont été accordées (2).

Ce sont les tribunaux judiciaires qui sont compétents. Mais pour sauvegarder le principe de la

---

(1) Voir Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 76. — Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 152. — H. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 279. — Pascaud, Responsabilité de l'Etat, *Revue générale de droit*, 1900, p. 500. — Lacoin, Rapport à la Société générale des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 406, etc.

(2) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I, p. 77.

séparation des pouvoirs, l'article 4 de la loi du 20 mars 1865 spécifie que « l'acte administratif ne pourra être modifié que sur le recours aux autorités administratives compétentes, lesquelles se conformeront, s'il y a lieu, au jugement porté par les tribunaux. » Ainsi, au cours d'un procès, les tribunaux judiciaires peuvent discuter la légalité d'un acte administratif, ils peuvent même l'interpréter, mais ils ne peuvent ni l'annuler, ni le modifier, il faut pour cela que l'administration intervienne.

La responsabilité des fonctionnaires autres que les préfets, sous-préfets et maires, est mise en jeu sans aucune formalité préalable (1).

2° *Système allemand* (2)

L'Allemagne a adopté le système des garanties par le moyen préventif, d'une façon indirecte : en effet, la législation de l'Empire ne traite que la question de fond : De quelles fautes le fonctionnaire est-il responsable ? Elle laisse aux législations des Etats le soin de traiter la question de

---

(1) Voir supra.

(2) Voir Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, t. I, p. 293 et s., t. IV, p. 67 et s. — *Code civil allemand*, traduit, annoté et imprimé par ordre du gouvernement, t. II, p 413 et s. — Laband, *Le droit public de l'Empire allemand*, t. II, p. 150 et suiv., etc.

forme. Au moyen de quelles formalités pourra-t-on poursuivre ?

Depuis le 1er janvier 1900, la responsabilité civile des fonctionnaires se trouve réglée, quant au fond, par l'article 839 en particulier, et les articles 823 à 853 en général du nouveau Code civil allemand. Avant l'année 1900, les législations variaient suivant les Etats. Actuellement « l'activité administrative tout entière est dominée par la possibilité de rendre le fonctionnaire civilement responsable du dommage causé par sa faute. » (1) Ainsi, les agents de l'Etat seront en principe responsables, et ils le seront dans la forme et dans la proportion que les articles 823 et suivants du Code civil indiquent pour faits illicites reprochés à de simples particuliers. Car le principe allemand n'admet, semble-t-il, pas la distinction entre le fonctionnaire et le citoyen non revêtu de fonctions. Pourtant, les nécessités sociales ont obligé la jurisprudence à étendre sur certains points et à restreindre sur d'autres la responsabilité civile, en ce qui concerne les fonctionnaires. En somme on s'est arrêté aux règles suivantes :

1re règle : Le fonctionnaire est responsable quand il a négligé de faire ce qu'il était de son devoir de faire vis-à-vis d'un tiers. Il faut donc que le devoir auquel manque le fonctionnaire, ait

---

(1) Voir Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, t. I, p. 293.

ce caractère spécial d'être imposé en vue des tiers. De plus, le mot « négligence » doit être pris dans un sens très général. Il ne faudrait pas croire que les fonctionnaires ne sont coupables que de leur *omission*. La négligence peut très bien s'entendre d'une *action*. Ainsi, les fonctionnaires qui ont en mains la puissance publique peuvent employer la force dans certains cas, limitativement énumérés par certaines prescriptions qui spécifient aussi avec quelles précautions on devra en user. Si le fonctionnaire néglige d'observer ces prescriptions, s'il use de la force dans un cas non prévu, ou d'une façon trop énergique, il pourra être condamné à payer des dommages-intérêts à sa victime.

2e règle : Le fonctionnaire n'est responsable que dans le cas où, par sa faute, il aura manqué en même temps à ses devoirs vis-à-vis de l'Etat (1). Ainsi, dans l'exemple cité tout à l'heure, si au contraire l'agent avait agi sur l'ordre exprès et réitéré de son supérieur, il ne serait pas responsable ; de même, s'il avait agi de bonne foi, par suite d'une erreur de fait, même si cette erreur était grossière ; c'est ici la *culpa in concreto* qui importe. S'il s'agit au contraire d'une erreur de droit, elle constitue à elle seule une violation du devoir de la fonction. Le fonctionnaire sera donc dans ce cas toujours responsable.

---

(1) Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, t. I, p. 297.

Voilà les principes ; on voit qu'ils sont assez libéraux et qu'en somme la responsabilité du fonctionnaire est, en Allemagne, fort près d'être pleine et entière. Mais on se heurte à certaines restrictions quant aux formalités nécessaires pour pouvoir intenter des poursuites.

La législation des Etats confédérés, en effet, peut faire dépendre la recevabilité de la poursuite judiciaire d'une décision préalable. Mais elle ne peut déclarer incompétent le tribunal judiciaire, pour connaître des poursuites intentées contre les fonctionnaires (1). Si une décision préalable est déclarée obligatoire par la législation particulière d'un Etat, elle ne pourra être rendue que par un Tribunal (2) qui constatera si le fonctionnaire a manqué à son devoir, « soit en excédant ses pouvoirs, soit en négligeant de remplir un acte de ses fonctions » (3).

Cette décision préalable est exigée en Prusse, dans le grand duché de Bade, dans la Hesse-Rhénane, en Alsace-Lorraine, dans le Palatinat Bavarois. Dans les autres Etats, les poursuites civiles sont absolument libres (4).

---

(1) Voir article 148 du Code de procédure civile allemand.

(2) Voir article 11, § 2 du Code civil.

(3) Otto Mayer, *Droit administratif allemand*, t. I^er^, p 309.

(4) Freünd, Die Verantwortlichkeit der Beamten, *Archiv. für öffentliches Recht*, I, 2, p. 422.

3° *Système espagnol* (1)

La législation espagnole est intéressante à rapprocher de la législation française, car toutes deux ont eu à peu près le même processus ; avant le 1er juin 1869, le système de poursuites est le même contre les fonctionnaires espagnols que contre les fonctionnaires français sous l'empire de la constitution de l'an VIII. Dans les deux pays, c'est le régime de l'autorisation préalable accordée par le pouvoir exécutif. En principe, c'est le Roi qui juge de l'opportunité et de la nécessité qu'il peut y avoir à accorder l'autorisation. Il autorise, après avis du Conseil d'Etat, réuni en assemblée plénière, si la demande de poursuites vise un fonctionnaire supérieur. Si, au contraire, il ne s'agit que d'un fonctionnaire subalterne de l'Etat, le Roi n'est tenu de demander l'avis que de la section compétente du Conseil. Les « jefes politicos » (préfets) peuvent autoriser les demandes de pour-

---

(1) Pascaud, De la responsabilité de l'État envers les particuliers, *Revue générale du droit*, 1900, p. 498 ; — H Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 275 ; — Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 155. — Laferrière, *Traité de juridiction administrative*, t. Ier, p. 34 ; — Lacoin, Rapport à la Société générale des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 407 ; — Colmeiro, *Derecho administrativo espanol*, t. Ier, p. 69 et s ; — Batbie, *Traité de droit administratif*, p. 363, etc.

suites contre les fonctionnaires provinciaux ou communaux (1).

L'article 30 de la constitution du 1er juin 1869, comme en France le décret du 19 septembre 1870, supprime la nécessité de l'autorisation. Mais, toujours comme en France, le but que l'on poursuivait ne fut pas exactement atteint. En effet, l'article 30 de la constitution du 1er juin 1869 était ainsi conçu : « L'autorisation préalable ne sera pas nécessaire pour poursuivre devant les tribunaux ordinaires les fonctionnaires publics, quel que soit le délit qu'ils aient commis. L'ordre du supérieur n'exempte pas de responsabilité dans le cas d'infraction manifeste, évidente et grave à une prescription constitutionnelle. Dans les autres cas , il n'exempte que les fonctionnaires qui n'exercent aucune part de l'autorité » (2). L'administration émit la prétention, en se basant sur la séparation des pouvoirs, d'élever le conflit, quand les tribunaux judiciaires auraient à connaître du fait d'un fonctionnaire les amenant à apprécier un acte administratif. Or, c'est le Roi, après avis du Conseil d'Etat, qui tranche les questions de conflits. En somme rien n'était changé en réalité ; l'autorisation subsistait, son nom seul avait disparu.

Ce régime, d'ailleurs, ne dura guère, la consti-

---

(1) Colmeiro, *Derecho administrativo*, t. Ier, p. 69 et s.

(2) Molinier, Abrogation de l'article 75, *Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1870, p 375.

tution du 30 juin 1876, dans son article 77, annonçait une loi spéciale qui devait déterminer les cas où une autorisation serait nécessaire pour poursuivre devant les tribunaux ordinaires les autorités ou leurs agents (1). Cette loi spéciale ne fut jamais faite et le principe de l'autorisation préalable resta le principe général. Il subsiste toujours.

Le fonctionnaire, quand sa poursuite aura été autorisée, sera responsable, selon le droit commun ; il devra réparer le fait dommageable à autrui, survenu par sa faute, selon les articles 1902 et suivants du Code civil espagnol, articles traitant de la responsabilité de l'Etat et de ses agents.

Il n'y a qu'un seul cas dans lequel l'autorisation préalable ne soit pas nécessaire pour poursuivre les fonctionnaires ; c'est le cas où ils se sont rendus coupables de fautes ou de délits électoraux (articles 134 et suivants de la loi du 28 décembre 1878).

Jusqu'ici nous avons supposé que le fonctionnaire agissait dans l'exercice de ses fonctions normales et habituelles. Mais les articles 1902, 1903 et 1904 du Code civil espagnol font une distinction : Quand l'Etat prépose à une fonction un agent spécial et momentané, cet agent cesse d'être directement responsable vis-à-vis des particuliers

---

(1) Dareste, *Les Constitutions modernes*, t. I[er], p. 633.

lésés. Ici, ce sera l'Etat qui sera responsable, mais il aura un recours contre l'auteur du préjudice.

Ce système peut être très dur pour le particulier. En effet, l'Etat n'est responsable que dans le cas exceptionnel d'un fonctionnaire spécial. Il ne l'est pas pour le cas de faute d'un fonctionnaire normal et habituel. Et pour ceux-ci on ne peut les poursuivre que moyennant une autorisation du gouvernement. Nous aurions voulu avoir la statistique officielle du nombre de demandes d'autorisation, mais malgré tous nos efforts, il nous a été impossible de nous la procurer.

§ II. — Système répressif

A l'opposé du système préventif, on a imaginé de garantir les fonctionnaires au moyen d'un régime répressif. Voici en quoi consiste ce système : la poursuite des fonctionnaires est libre en principe. Mais en cas de poursuites intentées dans un pur mobile de chicane ou par esprit d'opposition au gouvernement ou de tracasserie envers un de ses agents, des peines sévères atteignent le plaideur de mauvaise foi (1). De la sorte, on est as-

(1) G. Jèze, Note après l'article de Rolland sur la responsabilité des instituteurs dans la *Revue du droit public*, t. XXV, septembre 1908 ; — Glasson, Observations sur le décret du gouvernement de la Défense nationale du 19 septembre 1870, *Revue critique*, année 1873-1874, p. 380-389.

suré que le particulier qui s'estime lésé par l'acte d'un fonctionnaire, n'attaquera celui-ci qu'après mûre réflexion et sûr de son droit. Le nombre des actions en dommages-intérêts en sera diminué sans que, pour cela, la liberté des citoyens soit atteinte, comme par le système préventif. C'est le système dit de l'action périlleuse, *actia periculosa*.

Ce système a d'abord l'inconvénient de tous les régimes répressifs ; il n'empêche pas le mal, il ne fait que le punir. C'est trop tard, le mal est accompli, il est souvent définitif, tout remède est inutile. Mais il ne faut pas aller trop loin dans cette idée, le système répressif n'est pas un remède appliqué trop tard, il n'intervient pas après la mort du malade. Il empêche au moins les rechutes ; le poursuivant de mauvaise foi ne voulant pas risquer une seconde condamnation. Il peut couper court à une épidémie ; les citoyens qui seraient tentés de poursuivre, eux aussi, pour obéir au mot d'ordre d'un parti, étant appelés à réfléchir sur les conséquences de leur acte. Et, s'il est vrai qu'une mesure prophylactique vaut mieux que tous les remèdes réunis, ne peut-on dire que le fait seul d'édicter des pénalités contre les particuliers qui intenteraient des poursuites inconsidérées, est une mesure de prophylaxie ? La crainte d'une amende ou de la prison, la crainte de dommages-intérêts à payer peuvent être un motif suffisant pour arrêter bien des gens tentés de poursuivre un fonctionnaire tant qu'il n'y a aucun danger pour eux, mais qui s'abstiendraient dès qu'ils pourraient

craindre un désagrément personnel. Toute mesure répressive n'a-t-elle pas un effet préventif, par suite de la menace qu'elle constitue ?

On dit encore qu'il est inutile d'édicter des peines pour punir les accusateurs téméraires des fonctionnaires, parce qu'elles feraient double emploi avec celles édictées par le Code pénal pour punir la dénonciation calomnieuse. L'article 373 du Code pénal, en effet, punit d'un emprisonnement d'un mois à un an et d'une amende de cent à trois mille francs, l'auteur d'une dénonciation calomnieuse. L'article 358 du Code d'instruction criminelle va plus loin encore ; il prévoit que, quand un accusé aura été déclaré non-coupable, il pourra obtenir des dommages-intérêts contre ses dénonciateurs pour fait de calomnie. Le procureur général sera tenu, sur la réquisition de l'accusé, de lui faire connaître ses dénonciateurs. Il n'y a qu'à appliquer ces prescriptions, dit-on ; il est inutile d'ajouter une peine spéciale pour les poursuites inconsidérées contre les fonctionnaires ; que l'on use avec plus de vigueur des armes que fournit le code, il est inutile d'en forger d'autres. Ce serait même un mauvais calcul, car il ne faut pas que le fonctionnaire soit plus défendu qu'un simple particulier, le droit commun doit lui suffire. C'est la théorie qui avait été soutenue devant l'Assemblée nationale, le 17 avril 1872 : « Y-a-t-il lieu d'édicter des peines civiles contre les individus qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre des fonctionnaires ?... Notre commission (celle

de la révision des décrets du Gouvernement provisoire) ne l'a point pensé. Elle est pénétrée de la pensée de ne pas laisser les fonctionnaires en butte aux attaques de la malveillance et aux hostilités des parties ; mais les garanties auxquelles ils ont droit pour la sauvegarde de leur honneur et de leur repos, elle a pensé qu'ils les trouveraient dans l'application des règles du droit commun, et si, comme nous le croyons, la protection du droit commun est suffisante, combien sa situation sera plus digne et son influence plus salutaire, quand on verra que le fonctionnaire, pour obtenir le respect qui lui est dû, ne peut compter que sur son caractère et son mérite, et non sur l'abri d'une législation exceptionnelle » (1). A cela on peut répondre que le fait d'attaquer méchamment un fonctionnaire est plus grave que le fait d'attaquer un simple particulier, parce qu'il peut en résulter un dommage plus grand pour l'ordre public. N'est-il pas juste, dès lors, que le coupable soit plus sévèrement puni ? On peut encore répondre que l'Etat, en nommant des fonctionnaires, fait naître à leur charge un risque spécial. N'est-il pas naturel qu'il les garantisse le plus possible contre ce risque ? (2) De plus, le droit

(1) *Journal officiel*, 18 avril 1872. — M. Bernard est aussi de cet avis ; il demande la simple application du droit commun pour réprimer les poursuites injustifiées. Voir *Revue critique*, 1878, p. 101.

(2) X. Décailly, La protection de l'école laïque, *Bulletin de l'Amicale de la Côte-d'Or*, n° 23, avril, mai, juin 1909, p. 36.

commun est notoirement insuffisant ; ce qui garantit un particulier ne suffit pas pour garantir un fonctionnaire ; en effet, l'article 373 du Code pénal vise la dénonciation calomnieuse d'un fait constituant, s'il était vrai, un crime ou un délit, ou exposant son auteur au mépris et à la haine de ses concitoyens. L'article 358 du Code d'instruction criminelle vise aussi la dénonciation calomnieuse ayant occasionné une poursuite criminelle. Mais il sera très rare que l'on use de la dénonciation calomnieuse pour faire poursuivre un fonctionnaire en l'accusant faussement d'avoir commis un crime ou un délit. Plus souvent on le poursuivra en l'accusant d'avoir lésé un particulier par un acte de ses fonctions ne constituant ni crime ni délit. Or, le fonctionnaire abusivement attaqué, ne pourra s'appuyer ni sur l'article 373, ni sur l'article 358 pour obtenir de son adversaire de mauvaise foi des dommages-intérêts. Pour arriver à ce but, il faudrait, ou bien une extension quelque peu excessive de la jurisprudence, ou une loi spéciale. C'est cette loi spéciale qui n'existe pas encore en France, et nous estimons qu'il y a lieu de le déplorer.

En résumé, les inconvénients que l'on reproche au système répressif sont bien légers, comparativement aux avantages que présente ce système ; tout d'abord, c'est le moyen le plus pratique et le plus efficace pour soustraire les fonctionnaires aux injustes rancunes, aux haines aveugles des particuliers ; on réfléchira avant d'attaquer un

agent de l'Etat ; la crainte d'une condamnation à des dommages-intérêts en faveur du fonctionnaire abusivement poursuivi, arrêtera les particuliers qui voudraient faire servir la responsabilité des agents de l'Etat à satisfaire leurs rancunes personnelles ou celles de leur parti.

Ensuite, si l'on édicte des peines civiles sévères pour réprimer les attaques abusives des particuliers contre les fonctionnaires, ceux-ci ne seront pas revêtus d'une irresponsabilité qui les rendrait invulnérables et amoindrirait leur prestige aux yeux du public. Grâce au système répressif, les fonctionnaires seraient pleinement responsables de leurs actes, mais ils ne seraient pas exposés à la rancune et aux attaques injustifiées de tous les citoyens. On aura, en somme, tous les avantages de la responsabilité pleine et entière, sans en avoir les inconvénients.

Les poursuites abusives contre les fonctionnaires ne sont pas punies plus sévèrement en France et à l'étranger, que les poursuites abusives contre de simples particuliers. Cela tient à ce que, d'une façon générale, on a préféré employer le système préventif, ou même qu'on a voulu ne donner aux fonctionnaires aucun moyen particulier de défense. Le droit commun est resté maître en cette matière.

A Rome, outre la lettre K (Kalumniator), imprimée au fer rouge sur le front du plaideur téméraire, celui-ci était condamné à payer au fonc-

tionnaire qu'il avait attaqué, la même somme qu'il avait demandée contre lui (1).

Le décret du 19 septembre 1870, qui abrogeait l'article 75 de la constitution de l'an VIII, soumettant les poursuites contre les fonctionnaires à une autorisation préalable, et qui abrogeait également « toutes les autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre » admettait dans son article 2 le système répressif.

En effet, cet article 2 était ainsi conçu : « Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édicter dans l'intérêt public contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre des fonctionnaires.» Mais nous verrons plus loin que cet article demeura lettre morte et que les peines civiles qu'il prévoyait ne furent jamais édictées.

En Angleterre l'actio periculosa a été employée pour garantir les fonctionnaires inférieurs (maires, baillis, constables, marguilliers ou percepteurs). Si le demandeur échoue dans son action contre eux, il peut être condamné au double des dépens (2).

---

(1) H. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 109 et s.

(2) Franqueville, *Système judiciaire de la Grande-Bretagne*, I, p. 60.

§ III. — Système basé sur la séparation des autorités

Nous venons d'étudier deux systèmes de garantie des fonctionnaires basés, l'un sur le régime de prévention (autorisation préalable), l'autre sur le régime de répression (actio periculosa). On a organisé dans certains pays une responsabilité restreinte à la charge des fonctionnaires, que nous allons exposer maintenant :

Le particulier lésé peut librement intenter des poursuites contre un fonctionnaire devant les tribunaux judiciaires ; ceux-ci sont compétents pour connaître des actes personnels du fonctionnaire, détachables des actes administratifs. Ces actes personnels mettent en jeu la responsabilité de leur auteur qui pourra donc être condamné par les tribunaux judiciaires s'ils relèvent à sa charge une faute personnelle, distincte et détachable de l'acte administratif. Mais si le fait pour lequel le particulier lésé poursuit le fonctionnaire, constitue un acte administratif proprement dit ; si dans cet acte on ne peut relever une faute qui en soit détachable, mais seulement une faute légère, inhérente à la marche elle-même du service public, les tribunaux judiciaires ne pourront apprécier cet acte ; ils devront, selon la règle de la séparation des autorités administrative et judiciaire se déclarer incompétents, et s'ils ne le font pas, le

conflit devra être élevé (1). La juridiction administrative seule pourra connaître de l'acte et l'apprécier. Elle ne pourra condamner le fonctionnaire à la réparation du dommage causé ; l'Etat seul pourra, dans certains cas, être déclaré responsable.

En résumé, les tribunaux judiciaires connaissent de l'acte personnel, dont le fonctionnaire est responsable ; les tribunaux administratifs connaissent de l'acte administratif, et c'est l'Etat qui peut être appelé à réparer le préjudice.

On voit que le cas qui nous occupe est tout différent des modes de garantie basés sur le régime préventif ou répressif. Ces deux garanties, en effet, sont des garanties *de forme,* consistant dans l'existence de formalités mises à l'exercice de la poursuite des fonctionnaires. La distinction de l'acte personnel et de l'acte administratif, au contraire, est une question *de fond,* dans le cas d'acte personnel, responsabilité de l'agent ; dans le cas d'acte administratif, responsabilité de l'Etat.

Les tribunaux judiciaires et les tribunaux ad-

---

(1) Nous ne pouvons remettre ici en question toute la théorie de la séparation des autorités, ce serait sortir de notre cadre Nous n'avons ni à la discuter ni à la justifier. Il nous suffit de constater qu'elle est la base de tout notre droit administratif. Voir la loi des 16-24 août 1790, titre II, article 13. — Voir aussi la Constitution des 3-14 septembre 1791, titre III, ch. IV, sect. II, article 3 et ch. V, art 3. — Voir aussi les articles 127, 130 et 131 du Code pénal.

ministratifs ont, les uns et les autres, leur domaine très nettement délimité ; ils ne doivent pas empiéter mutuellement sur leur compétence. Et en cas de difficulté, le tribunal des conflits tranchera la question ; ce sera lui qui dira si l'acte reproché au fonctionnaire constitue un acte administratif ou un fait personnel.

Ce système de responsabilité civile des fonctionnaires basée sur la mise en œuvre du conflit a eu, comme toute organisation humaine, ses adversaires et ses partisans.

Ses adversaires lui ont reproché tout d'abord de faire de l'administration un juge dans son propre procès. L'administration ne devrait pas pouvoir juger les actes administratifs, dit-on, car elle pourra être guidée dans son jugement par des considérations autres que le souci de la justice et de l'équité ; cet argument a été repris par d'autres auteurs, après Tocqueville qui en usait contre le système de l'autorisation préalable. Nous ne pouvons mieux faire que le citer : « Quand je cherchais à leur faire comprendre (aux Américains et aux Anglais) que le Conseil d'Etat n'était point un corps judiciaire, dans le sens ordinaire du mot, mais un corps administratif, dont les membres dépendaient du roi, de telle sorte que le roi, après avoir souverainement commandé à l'un de ses serviteurs appelé préfet, de commettre une iniquité, pouvait commander souverainement à un autre de ses serviteurs, appelé conseiller d'Etat, d'empêcher qu'on ne fît punir le premier ; quand je leur

montrais le citoyen, lésé par l'ordre du prince, réduit à demander au prince lui-même l'autorisation d'obtenir justice, ils refusaient de croire à de semblables énormités et m'accusaient de mensonge et d'ignorance. » (1) Mais cet argument, qui avait de la valeur contre le régime de l'autorisation préalable, n'en a plus actuellement, au moins depuis la loi du 24 mai 1872, réorganisant le conseil d'Etat et le Tribunal des conflits. En effet, il ne faut pas oublier que le Tribunal des conflits est une juridiction, qu'il est lié par le droit, et qu'il ne doit pas juger en s'appuyant sur des considérations d'ordre politique ou d'opportunité administrative.

M. Cherpin, dans son rapport au Sénat, sur la proposition de loi Bozerian et Hérold, disait que la jurisprudence qui consiste à faire déclarer incompétents les tribunaux judiciaires, si l'acte à juger est administratif, « aboutit à un véritable déni de justice », parce que rien ne s'oppose à ce que l'on qualifie d'administratif tout acte accompli par un fonctionnaire (2). Nous ne pouvons être de l'avis de M. Cherpin. En effet, même si l'on qualifiait d'administratifs tous les actes faits par des fonctionnaires (et il n'est certes pas à prévoir que la jurisprudence du Tribunal des con-

---

(1) Tocqueville, *Démocratie en Amérique*. Œuvres complètes, t. Ier, p. 174.

(2) Séance du 31 juillet 1879, *Journal Officiel* du 10 octobre 1879.

flits en arrive là), il n'en résulterait aucun déni de justice, car si les fonctionnaires cessaient ainsi d'être responsables, il resterait encore l'Etat qui devrait, dès lors, réparer les préjudices nés pour les particuliers des actes qualifiés d'administratifs.

De plus, on ne peut dire, nous semble-t-il, comme on le dit si souvent, que l'administration se juge elle-même. Ainsi que l'a dit M. Berthélemy, sa situation est la même que celle de la justice : « Il ne vient à l'esprit de personne de reprocher à cette dernière de se juger elle-même sous prétexte que les décisions des juridictions de premier ressort sont déférées à des juges d'appel dépendant du même ordre judiciaire. On en appelle de la justice à la justice supérieure ; il est logique qu'on puisse en appeler de même des actes de l'administration à l'administration supérieure. » (1) Et de plus, il faut distinguer l'administration active et l'administration juridictionnelle. Prenons le cas qui semble le plus « monstrueux », qui semble « de la plus criante injustice » aux adversaires de la procédure du conflit (2) : un préfet fait un acte lésant gravement un de ses administrés ; celui-ci le poursuit devant les tribunaux judiciaires, le préfet élève lui-même le conflit. Mais le conflit pourra être annulé par le

---

(1) Berthélemy, *Droit administratif*, p. 22 en note.

(2) Voir l'article de M. Bernard sur la responsabilité des fonctionnaires, dans la *Revue critique*, 1878, p. 94.

Tribunal des conflits qui juge en ne s'inspirant que des seuls principes du droit.

Un autre argument des adversaires du mode de responsabilité que nous exposons, est que cette double compétence des tribunaux administratifs et des tribunaux judiciaires suivant les cas, amène des lenteurs, des ricochets de juridiction, des frais dont pâtissent les justiciables. » (1)

Mais il ne faut pas s'exagérer l'importance de ces lenteurs et de ces frais, car la justice devant les tribunaux administratifs n'est ni plus lente ni plus coûteuse que devant les tribunaux judiciaires.

Nous allons voir enfin un dernier inconvénient de ce système de responsabilité des fonctionnaires, et ce n'est pas le moindre : il faut délimiter exactement les compétences respectives des tribunaux judiciaires et administratifs. C'est cette délimitation qui est des plus délicates à faire. On dit bien : l'acte administratif sera de la compétence des tribunaux administratifs, l'acte personnel, de la compétence des tribunaux judiciaires. Mais quel sera le critérium pour distinguer si un acte fait par un fonctionnaire est acte personnel ou administratif ? La distinction est délicate toujours ; on a même dit qu'elle était impraticable dans la plupart des cas (2). Il est rare que la na-

---

(1) Pascaud, De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers, *Revue générale de Droit*, 1900, p. 495.

(2) Jacquelin, *Les principes dominants du contentieux administratif*, p. 136.

ture juridique de l'acte se dégage avec une netteté satisfaisante (1). Les uns, comme M. Hauriou (2), ont déclaré la culpa gravis, faute personnelle, et la culpa levis, faute fonctionnelle. D'autres, comme Laferrière (3), ont distingué le fait de l'homme et le fait du fonctionnaire. D'autres, comme M. Duguit (4), ont distingué l'acte fait en vue du but de la fonction et l'acte fait en vue d'un but autre. Nous étudierons plus loin ces divers critères. Qu'il nous suffise de remarquer, avec M. Lacoin, la bizarrerie de ces « subtilités byzantines » (5), subtilités qui encombrent les théories et qui contribuent dans une très large mesure à obscurcir le sujet que nous traitons. Ces subtilités sont d'ailleurs plus apparentes que réelles et en réalité les diverses théories sont souvent proches les

---

(1) Pascaud, *loc. cit.*, p. 494. Tous les auteurs se plaignent d'ailleurs de la subtilité de la distinction ; voir à ce sujet E. Bernard, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 45 ; — Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. Ier, p. 592 ; — A. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 166 ; — Lacoin, Rapport à la Société générale des prisons sur la responsabilité des magistrats, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 400, etc., etc.

(2) Hauriou, *Droit administratif*, p. 378.

(3) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. Ier, p. 594.

(4) Duguit, *Manuel*, p. 459, et *L'Etat*, t. II, p. 638. — Voir aussi E. Bernard, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 45 et suiv.

(5) Lacoin, Rapport à la Société générale des prisons, sur la responsabilité des magistrats, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 400.

unes des autres. Néanmoins, avec de telles difficultés et de telles controverses à la base d'une délimitation de compétences, on conçoit aisément que les conflits doivent être nombreux et que la jurisprudence et la doctrine ont dû évoluer avant que de s'asseoir définitivement.

Sous l'ancien régime, les fonctionnaires poursuivis à raison d'actes faits par eux dans l'exercice de leurs fonctions, relevaient de juridictions spéciales : les agents des administrations fiscales ou domaniales relevaient de la Chambre des comptes, de la Cour des aides, des Amirautés ou des Cours des eaux et forêts. Les agents employés au service du Gouvernement dépendaient du Conseil du Roi et des intendants (1).

L'article 75 de la Constitution de l'an VIII organisait un régime de prévention prohibitive en subordonnant à une autorisation préalable du Conseil d'Etat les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics autres que des ministres « pour des faits relatifs à leurs fonctions ». Il s'inspirait d'une double préoccupation : celle de respecter le principe de la séparation des pouvoirs et aussi d'assurer une protection spéciale aux fonctionnaires (2). Il faisait respecter tout

---

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I[er], p. 584, en note. — Voir aussi Dareste, *La justice administrative en France*, p. 515; — Tocqueville, *L'Ancien régime et la Révolution*, p. 87.

(2) Laferrière, *op. cit.*, t. I[er], p. 583.

d'abord la séparation des pouvoirs en interdisant aux tribunaux judiciaires de connaître des actes de l'administration ; voici comment : un particulier lésé par l'acte d'un fonctionnaire demande l'autorisation de le poursuivre : le Conseil d'Etat examine l'affaire ; si l'acte reproché au fonctionnaire est reconnu être un acte *personnel* à l'agent, le Conseil d'Etat donne l'autorisation de poursuivre. Si, au contraire, l'acte est jugé être un acte administratif, un acte fonctionnel, l'autorisation est refusée. Le particulier lésé peut alors s'adresser aux tribunaux administratifs, mais il ne peut poursuivre devant eux le fonctionnaire, celui-ci est alors irresponsable. Et c'est ainsi que l'article 75 protégeait les fonctionnaires.

L'article 75 fut très vivement critiqué et attaqué, les gouvernements en abusèrent pour couvrir certains actes dommageables commis par des fonctionnaires. Le rapporteur de la commission chargée de contrôler les actes du Gouvernement de la Défense Nationale disait, dans la séance de l'Assemblée Nationale du 24 février 1872 : « Nul n'ignore que la disposition de l'article 75, destinée à protéger les fonctionnaires contre les poursuites inspirées par des animosités privées ou par l'esprit de parti, n'avait que trop souvent assuré l'impunité de leurs fautes en suspendant à leur profit le cours régulier de la justice. » (1)

---

(1) *Journal Officiel*, 18 avril 1872, p. 2614.

L'impopularité de l'article 75 était telle que le Gouvernement de la Défense Nationale, presque au lendemain de son arrivée au pouvoir, l'abrogea par le décret du 19 septembre 1870. Ce décret fut presque un don de joyeux avènement. Il supprimait toute entrave à la poursuite des fonctionnaires, et prévoyait une protection à leur égard, protection répressive, consistant en peines civiles à prononcer contre les citoyens qui abuseraient du nouveau droit de poursuites qu'on leur accordait. Le décret ne faisait aucune allusion à la règle de la séparation des pouvoirs. Que fallait-il en conclure ?

Nous n'entrerons pas encore dans le détail des controverses qui se sont élevées à ce sujet, nous traiterons la question en détail plus loin (1). Mais nous nous contenterons d'indiquer la solution admise par la jurisprudence. Le décret n'a pas porté atteinte à la séparation des pouvoirs : il n'a pas étendu la compétence des tribunaux judiciaires ; ils ne peuvent connaître des actes administratifs. Mais, d'un autre côté, on peut poursuivre devant eux un fonctionnaire sans avoir pour cela besoin de se munir d'une autorisation préalable (2). Si la connaissance de la cause implique l'appréciation d'un acte administratif, le tribu-

(1) Voir infra.

(2) Voir arrêt du Tribunal des Conflits dans l'affaire Pelletier en date du 26 juillet 1873, Lebon, 1873, 1er suppl., p. 117.

nal judiciaire devra se dessaisir. Et s'il ne le fait pas, l'administration devra élever le conflit. L'affaire ira alors devant le tribunal des conflits ; si ce tribunal reconnaît qu'il n'y a en cause qu'un fait personnel de l'agent, il annulera l'arrêté de conflit. S'il y a, au contraire, acte administratif, l'arrêté de conflit sera confirmé et l'on pourra poursuivre l'Etat devant les tribunaux administratifs pour obtenir de lui réparation du dommage. Le fonctionnaire sera, dans ce cas — comme sous l'empire de l'article 75 — civilement irresponsable (1).

---

(1) Voir Bouchié de Belle, La Responsabilité des Fonctionnaires et le principe de la séparation des pouvoirs, *Revue générale du Droit*, 1880, p. 409.

DEUXIÈME PARTIE

APPLICATIONS EN FRANCE DES DIVERSES THÉORIES SUR LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES FONCTIONNAIRES.

Section Première

Evolution historique

CHAPITRE PREMIER

ANCIEN DROIT

Nous venons d'étudier les doctrines qui intéressent la question de la responsabilité civile des fonctionnaires ; pour bien connaître la question, il est indispensable de savoir quelle a été l'évolution de ces doctrines à travers les siècles, et quelles sont les législations successives qu'elles ont dictées à la France.

Si nous remontons à l'an 800, nous trouvons un capitulaire de Charlemagne reconnaissant la responsabilité civile des administrateurs des biens royaux. Tout le monde peut les poursuivre, mais ils jouissent d'un privilège de juridiction : ils ne

peuvent être jugés que par le Tribunal du Roi : « *Si aliquis ex servis nostris super magistrum suum nobis de causa nostra aliquid vellet dicere, vias ei ad nos veniendi non contradicat. Et si judex cognoverit quod juniores illius adversus eum ad palatium proclamando venire velint, tunc ipse judex contra eas rationes deducendi ad palatium venire faciat, qualiter eorum proclamatio in auribus nostris fastidium non generet.* » (1)

Peu d'années plus tard, en 819, cette mesure est généralisée, et est étendue aux *comtes* et aux *missi dominici :* ceux-ci sont responsables « *de rebus et libertatibus injuste ablatis* », et la cause doit être envoyée au tribunal du Roi avec un rapport (2).

En somme, le principe de la responsabilité civile est admis, mais les poursuites ont lieu devant le Roi, souverain maître et souverain justicier. Ce n'était pas une garantie de justice pour les particuliers, mais c'était bien souvent pour les agents royaux une assurance d'impunité. Peu à peu, le souverain ne pouvant juger toutes les affaires lui-même, tend à déléguer ses pouvoirs à certains de ses agents. Nous en voyons la preuve dans des Ordonnances rendues par saint Louis en 1254 et

---

(1) Baluze, *Capitularia regum Francorum*, t. I^er^, p. 339, LVII. — Voir Bauchet, *Histoire de l'organisation judiciaire en France*, p. 336 ; — H. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 16.

(2) Baluze, *Capitularia Regum Francorum*, t. I^er^, p. 614, 1. — Voir aussi Bauchet, *op. et loc. cit.*

1256. Sous l'influence du droit romain, Louis IX réédita, à peu de chose près, une loi de Sylla, ordonnant aux gouverneurs de province de rester à leur poste trente jours après l'arrivée de leurs successeurs, pour permettre à ceux-ci d'instruire les plaintes déposées contre eux (1). L'empereur Zénon, en l'an 475, avait porté ce délai à cinquante jours, après l'expiration des fonctions, sous peine d'avoir à payer une amende de cinquante livres d'or (2).

L'inspiration romaine est visible dans les ordonnances royales de 1254 et 1256 : « Nous voulons que tous nos sénéchaulx, baillis et autres officiaux soient après ce qu'ils étaient lors de leurs offices par l'espace de quarante jours, au païs là où ils ont les administrations gouvernées accoustumément en leurs propres personnes, ou par procureur, pour ce qu'ils puissent répondre par-devant les novaux sénéchaulx, baillis, ou autres enquesteurs officiaux souverains à ceuls auxquels ils auront meffait, qui se voldront plaindre de euls. » (3)

Cette obligation de résider dans son ancien

---

(1) *Lex Cornelia majestatis* ou *lex Cornelia de repetundis*, on ne sait au juste. — Voir à ce sujet Zumpft, *Das Criminalrecht der Römischen Staatsverfassung*, t. II, 1, 385 ; — Suétone, *César*, 18 ; — Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires en droit romain*, p. 118 et s.

(2) Perreau, *op. cit.*, p. 120.

(3) Ordonnances des rois de France, t. I^{er}, p. 77.

poste après la cessation de sa charge, subsiste longtemps : nous la retrouvons dans l'article 187 de l'Ordonnance cabochienne (1413) (1). Mais, paraît-il, cette obligation était purement fictive, et les cahiers des Etats Généraux s'en plaignent amèrement (2).

Il est bon de noter qu'à cette époque, la responsabilité pénale peut être mise en jeu devant la juridiction administrative (Cour des aides, Chambre des comptes, etc.) (3), tandis que la responsabilité civile « reste soumise aux règles du droit commun, chacun peut poursuivre les fonctionnaires devant les tribunaux ordinaires pour obtenir des dommages-intérêts » (4).

Nous arrivons ainsi au Code Michaud, en janvier 1629 : son article 204 reconnaissait à toute personne lésée le droit de poursuivre « ceux qui commandent aux places fortes » devant les tribunaux ordinaires ; les juges devaient instruire l'affaire et envoyer le dossier au Parlement dans le ressort duquel ils sont, sous peine de perdre leur charge (5).

---

(1) *Ibid.*, t. III, p. 70

(2) Saint-Girons, *Essai sur la séparation des pouvoirs*, p. 393. — Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 11 ; — H. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 17.

(3) Dareste, *Justice administrative en France*, p. 515.

(4) Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 12 ; — Jacquelin, *Juridiction administrative*, p. 100.

(5) Isambert, *Recueil des anciennes lois françaises*, t. XVI, p. 280.

Mais les Parlements agrandirent ce texte au point de se reconnaître compétents pour juger les intendants agissant comme administrateurs ; ils leur adressaient des remontrances ; ils leur firent même des injonctions, des défenses ; ils voulurent leur donner des ordres ; tous les procès contre les intendants étaient prétexte à ingérance : il est vrai que, de leur côté, les intendants, plus d'une fois, empiétèrent sur les pouvoirs des Parlements.

Le roi, pour empêcher les tribunaux judiciaires d'influer sur l'administration, voulut supprimer l'occasion d'où pouvait naître l'ingérance ; par les évocations de propre mouvement, il enlevait les fonctionnaires à leurs juges naturels pour retenir l'affaire devant son conseil ou la renvoyer devant un autre tribunal, qu'il estimait plus souple et plus déférent envers ses désirs.

Ces évocations de propre mouvement, naturellement mal vues du public, furent réglementées par des ordonnances de 1648, 1669 et 1737. Mais, néanmoins, elles continuèrent d'exister et, « peu à peu, le fait se transformant en droit, la coutume devenant loi, on en vint à considérer, comme en dehors de la compétence des tribunaux judiciaires, toute affaire où un agent du Roi était défendeur » (1).

C'est la véritable origine historique de la garantie administrative des fonctionnaires.

---

(1) Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 13.

Le public voyait d'un très mauvais œil cette pratique se généraliser. Aussi, les cahiers des Etats Généraux de 1789 sont-ils presque unanimes à déplorer les évocations de propre mouvement. La responsabilité des fonctionnaires est un des points importants sur lesquels insistent les cahiers (1). Le cahier de la noblesse d'Amiens (2), celui du tiers-état d'Auch (3), celui du clergé d'Etampes (4), celui de la noblesse d'Evreux (5), celui des trois ordres réunis de Montfort-l'Amaury (6), celui du tiers-état de Toulon (7), pour ne citer que ceux-là, réclament la responsabilité des « ministres, gouverneurs, et autres dépositaires de l'autorité royale ». Ils demandent que « tous les administrateurs » et « représentants du souverain » soient passibles de dommages-intérêts envers les individus qu'ils auront lésés par un acte fait par eux au cours de leur gestion.

L'Assemblée Constituante, dès sa réunion, trouvait donc dans la nation cette idée inébranlablement fixée, qu'il fallait supprimer les évocations,

---

(1) Voir Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 20 ; — Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 13.

(2) Archives parlementaires, 1re série, t. I, p. 740.

(3) *Ibid.*, t. II, p. 98.

(4) *Ibid.*, t. III, p. 279.

(5) *Ibid.*, t. III, p. 296

(6) *Ibid.*, t. IV, p. 38

(7) *Ibid.*, t. V, p. 789.

et organiser dans le plus bref délai un régime de responsabilité pour les fonctionnaires (1).

La loi du 14 décembre 1789 commença le mouvement dans ce sens : elle admet l'existence d'un « délit d'administration ». Elle admet que les officiers municipaux puissent être poursuivis en réparation des dommages par eux causés. Mais comme on ne peut les livrer sans défense aux citoyens, cette même loi organise un système d'autorisation préalable : tout particulier qui veut poursuivre un fonctionnaire municipal doit adresser sa demande de poursuites « à l'administration ou au directoire du département, qui, après avoir pris l'avis de l'administration du district ou de son directoire, renverra la dénonciation, s'il y a lieu, devant les juges qui en doivent connaître ».

Mais cette autorisation préalable fut jugée insuffisante comme système de protection des fonctionnaires, et huit jours après la loi dont nous venons de parler, le 22 décembre 1789, une nouvelle loi posait le principe de la séparation des pouvoirs et interdisait au pouvoir judiciaire de troubler par aucun acte les administrations de département et de district dans l'exercice de leurs fonctions.

La loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, était encore plus explicite. D'un côté, cé-

---

(1) Sur l'historique de la question de 1789 à 1870, voir la thèse de J. Depaule, *Étude historique sur la responsabilité des fonctionnaires publics*.

dant à la pression populaire, elle supprime l'existence des évocations (titre II, articles 17 et suiv.). D'un autre côté, elle proclame à nouveau la séparation des pouvoirs et spécifie que « les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, *ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions* ». Et le décret des 7-14 octobre de la même année, reproduit le même principe, qu'aucun administrateur ne pourra être traduit devant les tribunaux judiciaires à l'occasion de ses fonctions ; mais en même temps, il apporte une exception très grave au principe : « à moins qu'il n'y ait été renvoyé (devant les tribunaux) par l'autorité supérieure, et conformément aux lois ».

La Constitution du 3 septembre 1791 reproduisait les mêmes prescriptions en des termes à peu près analogues. On voit l'insistance que mettent toutes les lois, tous les décrets de cette époque à répéter à satiété que les pouvoirs administratif et judiciaire doivent être séparés. Cette insistance est la preuve de l'importance que la responsabilité des fonctionnaires avait, aux yeux de l'Assemblée. Mais cette question, si grave qu'elle soit, n'est pas de celles que l'on peut résoudre instantanément. Jusqu'à la constitution de l'an VIII, il va y avoir dans la doctrine des incertitudes, des flottements qui se révèleront dans la pratique par un grand nombre de formules proposées par des lois et des constitutions successives.

En 1793, l'article 21, section première du titre IV de la Constitution Girondine (1), organisait une garantie administrative semblable à celle que nous verrons plus tard réglée par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. L'autorisation de l'administration départementale est nécessaire pour poursuivre un membre du corps municipal. Il faut l'autorisation du Conseil national exécutif si la poursuite est dirigée contre un membre de l'administration départementale. Ce qui fait l'originalité du projet, c'est qu'il admet la possibilité d'un appel devant le corps législatif. Cet appel était fort peu pratique, car toutes les demandes de poursuites contre un agent de l'Etat se seraient envenimées des haines politiques, et si le ministre compétent avait couvert son agent, la demande d'autorisation adressée en appel au Corps législatif se serait transformée en question de confiance.

Les Montagnards élaborèrent, eux aussi, une constitution : ce fut celle de juin 1793. Mais ses tendances sont singulièrement plus autoritaires, plus tyranniques même ! En effet, qu'est-il dit dans cet acte concernant la responsabilité des fonctionnaires ? Simplement ceci (article 74) : « Le Conseil exécutif est tenu de dénoncer les agents de la République, *s'il y a lieu, devant les*

---

(1) Duguit et Monnier, *Constitutions et principales lois politiques de la France*, p. 46.

autorités judiciaires. » (1) Quelle sorte de responsabilité y a-t-il derrière le vague de cet article ? Une responsabilité pénale, qui sera bien souvent illusoire, puisque toute justice dépendra du bon vouloir du pouvoir exécutif. Quant à la responsabilité civile, il n'en est pas question. Les intérêts particuliers sont ici à la merci du pouvoir central.

Lors de la discussion préalable du projet, le 17 juin, Cambacérès en fit timidement l'observation en demandant que l'on organise « une administration secondaire indépendante du Conseil ». C'était, en effet, équitable, car selon la constitution proposée, c'était l'administration elle-même qui était, en somme, la plupart du temps, souverain juge dans les poursuites. Mais la voix de Cambacérès, qui était pourtant la voix de la raison, ne fut pas écoutée et la constitution fut votée selon le projet.

Une autre proposition qui doit nous intéresser est celle de Sieyès à la Convention (2). Cet esprit original avait imaginé et proposé l'organisation d'une « *jurie constitutionnaire* », chargée, entre autres fonctions, d'examiner et de juger les réclamations des particuliers lésés par l'acte d'un fonctionnaire. A ce point de vue, cette jurie était un véritable tribunal, sans attaches administra-

---

(1) Duguit et Monnier, *Constitutions et principales lois politiques de la France*, p. 74.

(2) *Moniteur*, 26 Thermidor an III.

tives ; ce tribunal allouerait des dommages-intérêts au particulier lésé, ou condamnerait le demandeur à payer une amende si sa demande était jugée abusive. On est loin ici des principes préventifs prônés depuis 1789. Siéyes, lui, est partisan du régime répressif, pour empêcher les poursuites injustifiées, contre les fonctionnaires. Ce projet, d'ailleurs, n'eut pas de succès, puisqu'il fut repoussé à l'unanimité par la Convention.

CHAPITRE II

DE L'AN VIII A 1870

Section Première

Etude de l'article 75 de la constitution de l'an VIII

« Les agents du Gouvernement, autres que les ministres, ne peuvent être poursuivis pour faits relatifs à leurs fonctions, qu'en vertu d'une décision du Conseil d'Etat ; en ce cas, la poursuite a lieu devant les tribunaux ordinaires. » Ce texte de l'article 75 organisait d'une façon que l'on croyait définitive la grave question de la garantie administrative des fonctionnaires.

Deux principes étaient nettement posés par la constitution de l'an VIII : tout d'abord, il faut, pour poursuivre un agent du Gouvernement, une autorisation préalable, accordée par le Conseil d'Etat. Puis, cette autorisation une fois accordée, la poursuite se déroulera devant les tribunaux judiciaires. L'innovation est ici importante. Car, sous l'ancien régime, la juridiction administrative était compétente pour connaître des poursuites intentées contre les fonctionnaires, compétence

qui découlait, avons-nous dit, de la pratique des évocations.

§ 1er. *Quels sont les fonctionnaires protégés ?*

Si l'on veut commenter l'article 75, pour bien comprendre quels ont été son but et ses effets, il faut se demander ce qu'il entend par les mots : « agents du Gouvernement ». Nous avons vu, au début de cette étude, qu'il est difficile de définir exactement ces mots (1). Nous ne reviendrons donc pas sur la signification que la théorie doit donner de ces mots, nous nous contenterons de voir les définitions que la jurisprudence, la pratique ont adoptées. Nous aurons ainsi l'étendue exacte qu'il faut accorder à l'article 75.

La Cour de cassation a donné des définitions de plus en plus larges des mots « agents du Gouvernement ». Au début, ce sont seulement « les fonctionnaires publics qui sont tellement sous la dépendance du Gouvernement qu'ils ne peuvent jamais avoir, dans l'exercice de leurs fonctions habituelles et journalières, d'autre opinion que la sienne, ni tenir une conduite opposée à celle qu'il leur trace, soit par lui-même, soit par ses agents supérieurs », et le même arrêt, un peu plus loin, revient sur la même idée en spécifiant que « les notaires, huissiers et autres fonctionnaires à la

(1) Voir *supra*.

nomination du Gouvernement » ne peuvent pas être garantis par l'article 75 « puisqu'ils sont en tout maîtres de leurs actions » (1). Cette définition était donc fort restrictive : l'article 75, d'après elle, n'était applicable qu'à un tout petit nombre de fonctionnaires, à ceux qui sont *les instruments directs* du pouvoir central, à ceux qui agissent comme s'ils étaient chargés de mandats spéciaux pour agir spécialement dans chaque cas particulier (2). Il y a un très petit nombre de fonctionnaires dans ce cas.

La Cour de cassation, en 1831, élargit la définition : « Les agents du Gouvernement dont parle l'article 75 de la Constitution de l'an VIII sont ceux qui, dépositaires d'une partie de son autorité, agissent directement en son nom, et font partie de la puissance publique. » (3) Ici, seront qualifiés agents du Gouvernement, au sens de l'article 75, tous ceux qui agiront comme ayant reçu un mandat général.

En 1838, troisième définition, encore plus large : on tend à étendre de plus en plus la garantie administrative à un nombre sans cesse croissant de fonctionnaires : « On ne doit considérer comme

---

(1) Cass. 26 décembre 1807, affaire Zolezzi, *Bulletin de Cassation criminelle*, 1807, p. 518.

(2) Ce n'est qu'une analogie ; il ne s'ensuit pas que nous admettions la théorie du mandat privé pour la nature juridique de la fonction.

(3) Cass. 23 juin 1831, affaire Royer. *Bulletin de Cassation criminelle*, 1831, p. 258. Dalloz, 31-1-247.

agents du Gouvernement, que ceux qui, dépositaires d'une partie de son autorité, agissent en son nom et sous sa direction médiate ou immédiate et font partie de la puissance publique. » (1) Plus n'est besoin d'agir comme un mandataire spécial ou général ; il suffit que l'agent soit sous la direction *médiate* du Gouvernement et qu'il participe à la puissance publique, c'est-à-dire qu'il puisse, au besoin, réquisitionner la force publique. La plupart des fonctionnaires sont dans ce cas. Nous ne tenterons pas d'en dresser la liste ; ce serait chose fastidieuse, et, d'ailleurs, fatalement incomplète, car la jurisprudence n'a pas eu à se prononcer sur des demandes en autorisation de poursuites contre des fonctionnaires de toutes les branches des services publics. Certains auteurs ont essayé de faire cette nomenclature et sont arrivés à trouver 34 espèces d'agents du Gouvernement couverts par la garantie de l'article 75, et ils n'ont pas tout cité ! (2) La jurisprudence a, d'ailleurs, été très large et a considéré comme étant couverts par la garantie administrative, même des individus qui ne participaient à la puissance publique que d'une façon purement occasionnelle, ainsi, par exemple, de simples citoyens

(1) Cass. 3 mai 1838, affaire Clémenceau. Dalloz, 38-1-462 et *Bulletin de Cassation criminelle*, 1838, p. 178.

(2) Depaule, *Etude historique sur la responsabilité des fonctionnaires*, p. 119 et suiv.

opérant le desséchement d'un étang, en exécution de la loi du 14 frimaire an II (1).

§ 2. *A raison de quels actes les fonctionnaires sont-ils protégés ?*

Mais les agents du Gouvernement sont-ils garantis contre les poursuites à l'occasion de *tous* les actes faits par eux ? ou seulement de certains? L'article 75 se contente de dire « pour faits relatifs à leurs fonctions ». C'est extrêmement vague ; à prendre ceci au pied de la lettre, il semblerait que l'autorisation du Conseil d'Etat est indispensable, quel que soit l'acte fait par le fonctionnaire, pourvu qu'il ait un rapport quelconque, même éloigné, avec ses fonctions. Ce qui est évidemment une interprétation très favorable aux agents de l'Etat.

La jurisprudence est même allée encore plus loin dans cette voie, à un moment donné, puisqu'elle admettait que l'autorisation était nécessaire dès que l'acte avait été accompli pendant que l'agent était dans l'exercice de ses fonctions (2).

Ce système se contentait de faire une distinction entre les actes faits par le fonctionnaire alors

---

(1) Dalloz, *Répertoire*, v° Mise en jugement des fonctionnaires, n° 132. Cassation, 20 avril 1815.

(2) Voir Dalloz, *Répertoire*, v° Mise en jugement des fonctionnaires, n° 145 et suiv.

qu'il est homme privé (et dans ce cas, nulle autorisation de poursuivre ne serait nécessaire), et les actes faits alors que le fonctionnaire est fonctionnaire, c'est-à-dire pendant qu'il est revêtu de ses fonctions : cette distinction, un peu simpliste, quasi-enfantine, a été pourtant la première conception de la Cour de cassation. Nous citerons quelques arrêts, d'ailleurs typiques :

Un président d'une section de vote insulte grossièrement un électeur ; il est poursuivi, condamné ; la chambre criminelle de la Cour de cassation casse le jugement pour défaut d'autorisation préalable. Elle estime que l'autorisation était indispensable, parce que, au moment où le président de la section de vote a insulté l'électeur, il était non pas simple citoyen, mais fonctionnaire.

Cette jurisprudence étendait abusivement la garantie administrative à tous les actes faits par des fonctionnaires.

D'autres arrêts, sans être empreints d'une aussi grande exagération, aboutissaient au fond au même résultat ; ainsi, le 24 décembre 1824, la Cour de cassation avait à juger le point de droit suivant : Un garde forestier, en tournée, surprend une femme en train de couper et de voler du bois. Au lieu de verbaliser, il la frappe violemment et la blesse ; il est poursuivi devant la Cour de Rouen, qui, le considérant comme officier de police judiciaire, déclare la garantie constitutionnelle inapplicable. Le garde se pourvoit devant la Cour de cassation pour faire déclarer l'autorisation de

poursuivre nécessaire. La Cour statue et considérant que « la Cour royale de Rouen, sur le motif que le garde est poursuivi pour un délit qu'il est prévenu d'avoir commis dans l'exercice de ses fonctions de police et de surveillance, a jugé qu'il suffisait de le poursuivre suivant le mode prescrit à l'égard de tous les officiers de police judiciaire, et l'a privé de la garantie administrative que des dispositions d'ordre public ont fait établir à l'égard des agents du Gouvernement ; en quoi ladite Cour a violé l'article 75 de la loi du 22 Frimaire an VIII et le décret du 28 Pluviôse an XI — Casse » (1).

Cette interprétation de l'article 75, qui consiste à déclarer l'autorisation préalable nécessaire toutes les fois que l'acte incriminé a été commis pendant l'exercice des fonctions, est essentiellement abusif.

Il faut arriver en 1846 pour trouver une jurisprudence plus équitable : c'est l'arrêt prononcé par la Cour de cassation dans l'affaire Regnault, qui inaugure la nouvelle interprétation. Voici l'attendu important de l'arrêt : « Attendu que l'article 75 de la Constitution du 22 Frimaire an VIII n'exige pas que les faits à raison desquels la poursuite doit être intentée aient eu lieu pour l'exercice des fonctions de l'agent ; que, s'il en était

---

(1) Dalloz, *Répertoire*. v° Mise en jugement des fonctionnaires, n° 316 en note.

ainsi, l'article 75 resterait toujours sans application, puisque le droit de commettre un délit quelconque ne peut faire partie d'aucune fonction publique ; que l'article 75 veut seulement que les faits soient relatifs aux fonctions... » (1)

Le 31 mars 1864, la Cour de cassation développe cette même théorie : « Il ne suffit pas, pour l'application de l'article 75, que la partie poursuivie soit un agent du Gouvernement, ni même que les faits incriminés se soient produits pendant qu'elle remplissait sa mission (la Cour de cassation ne pouvait pas condamner en termes plus clairs, ni plus nets sa première théorie !), il faut essentiellement, ainsi que le prescrit l'article 75, que ces faits soient *relatifs* aux fonctions, en d'autres termes, *qu'ils soient un acte de la fonction elle-même avec laquelle ils s'identifient et dont ils constituent l'exercice, bien qu'abusif.* » (2) Cet arrêt est extrêmement important, il accepte la notion de la faute fonctionnelle, que nous étudierons plus tard en détail (3). C'est d'après ce principe que l'autorisation fut déclarée inutile pour poursuivre un maire, président d'une réunion électorale, qui avait insulté un contradicteur, au cours de cette réunion (4). C'est encore cette doctrine qui fit exiger une autorisation pour poursuivre un

---

(1) *Bulletin de Cassation criminelle*, 1846, p. 169.
(2) Affaire Chéronnet, D., 64-1-149 ; S., 64-1-248.
(3) Voir *infra*.
(4) D., 64-1-149 ; — S., 64-1-248.

douanier dont le fusil avait fait feu par suite de circonstances fortuites, au cours d'une tournée, et qui avait grièvement blessé un autre douanier (1). De même, on a admis la garantie administrative en faveur d'un receveur de l'Enregistrement, qui avait, par erreur, perçu des droits plus forts que ceux réellement exigibles (2).

Cette théorie, très sage, exige, pour que l'agent du Gouvernement puisse se prévaloir de la garantie administrative, que la faute pour laquelle on le poursuit ait été commise par lui *dans l'esprit* de sa fonction, sans intention mauvaise et sans qu'elle constitue une faute lourde. Ainsi, dans les arrêts cités, un maire qui, au cours d'une réunion publique, insulte un contradicteur, n'agit pas dans l'esprit de sa fonction, il commet une faute lourde. Dans ce cas, on peut poursuivre directement sans avoir d'autorisation à demander. Au contraire, un douanier en service commandé, dont le fusil blesse quelqu'un, sans qu'il y ait faute de personne, sera couvert par la garantie administrative parce que, en prenant son arme, il ne faisait qu'obéir aux prescriptions qui sont sa loi fonctionnelle. De même, pour le receveur de l'Enregistrement percevant par erreur des droits trop élevés : son intention était de remplir son devoir, et il ne commettait qu'une faute légère.

---

(1) Metz, D., 56-2-227.
(2) D., 61-1-380.

Nous pouvons maintenant nous demander dans quel intérêt l'article 75 avait été fait. En d'autres termes, que devait-il protéger ? Est-ce le fonctionnaire ? Est-ce l'acte administratif ? Distinction un peu subtile peut-être, mais féconde pourtant au point de vue de ses conséquences : la Cour de cassation semblait tout d'abord admettre que l'article 75 avait été rédigé en faveur des fonctionnaires. C'est évidemment la première idée qui vienne à l'esprit. Mais elle est loin d'être conforme à la réalité : les rédacteurs de la Constitution de l'an VIII ne voulaient pas, en effet, établir un privilège au profit des fonctionnaires. On était encore trop près de la Révolution : le mot seul de privilège aurait rappelé de fâcheuse façon l'ancien régime. A aucun prix, on n'aurait accepté le mot, pourquoi aurait-on rétabli la chose ? Pourtant, la Cour de cassation tendit pendant quelques années à protéger le fonctionnaire lui-même, quel que soit l'acte commis par lui. Ainsi, elle avait jugé que l'autorisation était nécessaire pour poursuivre un garde forestier prévenu d'un délit de chasse (1). Cet arrêt n'est, d'ailleurs, qu'un exemple parmi beaucoup. Mais la meilleure preuve que c'est là une théorie ne reposant sur aucune réalité juridique, c'est que, si un fonctionnaire meurt après avoir commis un acte répréhensible et dolosif, dans l'exercice de ses fonctions, il faudra,

---

(1) Cass. 4 oct. 1823, aff. Grosperrin.

si l'on veut poursuivre ses héritiers, obtenir l'autorisation préalable. Pourtant, ils ne sont revêtus d'aucun caractère fonctionnel ; cette nécessité d'autorisation prouve bien que c'est l'acte administratif, non le fonctionnaire, qui est garanti par l'article 75. La constitution de l'an VIII établit une garantie réelle, non une garantie personnelle.

D'ailleurs, la Cour de cassation adopta cette thèse en 1864, dans l'arrêt Chéronnet : « ... l'article 75... a pour objet... de protéger non la personne inculpée, mais l'acte administratif (1).

M. Laferrière trouve que cet arrêt de 1864 « confond les deux systèmes de protection organisés en faveur de l'administration, d'un côté la protection donnée aux actes administratifs par le principe de la séparation des pouvoirs et garantie par le conflit, d'un autre côté la protection donnée au fonctionnaire poursuivi en sa dite qualité, à raison de fautes personnelles, et assurée par l'autorisation préalable (2) ». Nous ne partageons pas cette opinion ; il est bien vrai que la séparation des pouvoirs sanctionnée par le conflit garantit l'administration pour les actes faits par elle ; mais il n'est pas vrai que l'autorisation préalable soit organisée dans le but de garantir le fonctionnaire. S'il en était ainsi, point ne serait besoin d'être autorisé pour poursuivre un fonction-

---

(1) D., 64-1-149 ; — S., 64-1-248.

(2) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, I, 585.

naire démissionnaire ou retraité, à raison des actes faits par lui quand il était encore en fonctions. Qu'en pratique, on se soit souvent servi de l'article 75 pour rendre irresponsables, d'une façon détournée, certains agents du Gouvernement, certes, nous ne le nierons pas. Mais ce que nous nions, c'est que cet usage de l'article 75 ait été conforme aux vues de ses auteurs (1).

S'il nous faut porter un jugement sur la valeur de l'article 75, il sera un peu sévère : c'était évidemment « une précieuse arme défensive », c'était un texte commode pour tous les gouvernements quels qu'ils soient, c'est à cette commodité que l'on doit la longue vie de cet article « resté debout par un miracle d'équilibre politique, au milieu des ruines de la Constitution dont il faisait partie » (2). Tous les auteurs vraiment libéraux ont attaqué la nécessité de l'autorisation préalable. Tocqueville en fait une critique très juste : « Il arrivait souvent, dans l'ancienne Monarchie, que le Parlement décrétait de prise de corps le fonctionnaire public qui se rendait coupable d'un délit ; quelquefois, l'autorité royale intervenant, faisait annuler la procédure. Le despotisme se

---

(1) Voir la même idée soutenue par MM. Aucoc, *Conférences sur le droit administratif*, t. I^er^, p. 315 ; — Batbie, *Traité de droit administratif*, t. III, p. 352. — Faustin Hélie, *Traité de l'instruction criminelle*, t. III, p. 386.

(2) E. Fuzier-Herman, *La Séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé*, p. 495.

montrait alors à découvert, et en obéissant on ne se soumettait qu'à la force. Nous avons donc bien reculé du point où étaient arrivés nos pères ; car nous laissons faire sous couleur de justice et consacrer au nom de la loi, ce que la violence seule leur imposait. » (1) Tous les libéraux protestèrent de plus en plus contre la théorie de l'autorisation préalable. D'autant plus que l'autorisation fut parfois refusée pour des motifs purement politiques. Des abus furent commis : c'est ainsi qu'on refusa l'autorisation de poursuivre pour des contraventions aux règlements d'hygiène (2), pour des meurtres (3), pour des attentats à la pudeur (4) ! !

Il faut remarquer, d'ailleurs, que le Conseil d'Etat avait toute liberté et toute facilité pour agir en ayant en vue un but d'opportunité politique plutôt qu'un but de justice. Et le législateur avait eu soin de régler toute la procédure de la demande d'autorisation de façon à laisser régner sur toute la matière son bon plaisir.

Tout d'abord, quelle était la section du Conseil d'Etat qui était compétente pour accorder l'autorisation ? La section du contentieux aurait eu en

---

(1) Tocqueville, *Démocratie en Amérique*. Œuvres complètes, t. Ier, p. 175.

(2) Cassation, 13 nov. 1846, S. 47-1-480.

(3) Conseil d'État, 6 mars 1816, S. 1815-1818, 1, 296.

(4) Conseil d'État, 18 déc. 1839 et 28 janvier 1840. Cité par A. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires.*

vue la justice à rendre ; elle se serait conformée à l'équité, elle aurait suivi la règle de droit ; la section de législation était absolument libre pour accorder ou refuser l'autorisation, elle pouvait ne s'appuyer que sur des vues politiques.

Ces deux sections du Conseil furent alternativement chargées du service des demandes de mise en jugement. Primitivement, sous le régime impérial, les autorisations de poursuites étaient parmi les attributions de la section de législation (elles furent même pendant quelque temps rattachées à la section de l'intérieur, ce qui était pire).

Puis, l'ordonnance du 29 juin 1814 transféra cette attribution au « Comité du contentieux ». Mais le 23 août 1815, cette ordonnance est rapportée et les autorisations reviennent à la section de législation. Elles y reviennent pour peu de temps, puisque le 20 septembre 1815, une ordonnance réglementaire les rend au Comité du contentieux (1).

Que se passait-il quand un particulier demandait au Conseil d'Etat l'autorisation de poursuivre un fonctionnaire ? Deux cas pouvaient se présenter : si le fait incriminé n'avait aucun rapport avec le service du fonctionnaire, le Conseil refusait de statuer, et on pouvait, dès lors, poursuivre le fonctionnaire devant les tribunaux judiciaires. Si le fait reproché se rattachait au service, le Conseil statuait : il refusait l'autori-

---

(1) Cormenin, *Droit administratif*, t. II, p. 340, note 1.

sation si l'agent avait agi par ordre (1), ou si la demande ne paraissait pas suffisamment motivée (2), ou si les faits reprochés ne sont pas assez importants (3), ou si l'agent a agi de bonne foi (4).

Si aucune de ces hypothèses n'était vraie, l'autorisation était accordée. On voit que le Conseil d'Etat avait toutes les facilités possibles pour faire servir la nécessité de l'autorisation préalable à la consolidation de la toute-puissance administrative. La tyrannie était d'autant plus facile et d'autant moins cachée que les décisions du Conseil n'avaient pas besoin d'être motivées, et, en fait, elles ne l'étaient pas d'ordinaire (5).

On voit à quel point l'article 75 favorisait le despotisme centralisateur en permettant au pouvoir de couvrir constamment ses agents.

Section II

Destinées de l'article 75

L'article 75 ne fut pas longtemps observé dans son intégrité, et dès le 9 Pluviôse an X, trois arrêtés autorisent les directeurs généraux de l'enregistrement, des postes et de la loterie, à traduire leurs subordonnés devant les tribunaux sans re-

---

(1) Cormenin, *Droit administratif*, t. II, p. 352 et note 4.
(2) *Ibid.*, p. 353 et 354.
(3) *Ibid.*, p. 369.
(4) *Ibid.*, p. 353.
(5) *Ibid.*, p. 372.

courir à l'autorisation du Conseil d'Etat. Le 10 Floréal an X, le 28 Pluviôse, le 10 Thermidor, an XI, arrêtés dans le même sens pour autoriser les préfets à poursuivre les percepteurs, et autorisant les administrations des Forêts et des Monnaies à poursuivre sans autorisation préalable leurs subordonnés. Enfin, un arrêté du 29 Thermidor an XI et des décrets du 28 Messidor an XIII et du 28 février 1806, donnaient le même pouvoir aux directeurs des douanes, des droits réunis, et des poudres et salpêtres.

Mais ces arrêtés apportaient de plus une grave dérogation au principe établi par l'article 75 ; en effet, si un particulier voulait poursuivre un fonctionnaire d'une des administrations précitées, il pouvait s'adresser aux supérieurs hiérarchiques de l'agent (ou aux préfets dans le cas où le fonctionnaire serait un percepteur). Le Conseil d'Etat offrait aux particuliers certaines garanties d'impartialité, tandis qu'il y avait lieu de craindre que les supérieurs hiérarchiques de l'agent n'aient pas toute la liberté d'esprit nécessaire pour juger impartialement. On dit bien que le but poursuivi était excellent ; ce n'était pas pour « déposséder le Conseil d'Etat de quelques-unes de ses prérogatives, mais pour lui éviter des pertes de temps. » (1) En effet, le Conseil d'Etat, ajoute-

(1) Depaule, *Etude historique sur la responsabilité des fonctionnaires*, p. 66.

tion, recouvrait ses anciennes attributions si les agents supérieurs des diverses administrations se refusaient à autoriser les poursuites. Il n'en reste pas moins vrai que c'était un surcroît de formalités propre à décourager beaucoup de particuliers lésés, quand la lésion n'était pas importante. D'ailleurs, c'est ainsi que la réforme fut jugée par le public, et elle ne contribua pas peu à rendre impopulaire la garantie administrative des fonctionnaires.

Nous ne ferons que citer le sénatus-consulte du 28 Floréal an XII, qui quoique établissant une juridiction d'exception (Haute-Cour de justice) en faveur des hauts fonctionnaires, laisse subsister l'article 75.

Quand Napoléon fit mettre à l'étude les divers codes, on pouvait espérer une réforme de la responsabilité civile des fonctionnaires, ou un simple remaniement de l'article 75. Il n'en fut rien. L'article 75 continua à vivre comme par le passé, et il fut même sanctionné par les articles 121 et suivants du Code pénal ; les magistrats ou officiers de police convaincus d'avoir accusé ou poursuivi certains fonctionnaires sans avoir obtenu l'autorisation préalable, seront coupables de forfaiture. De même pour ceux qui, « ayant permis ou ordonné de citer des administrateurs pour raison de l'exercice de leurs fonctions, auraient persisté dans l'exécution de leurs jugements ou ordonnances nonobstant l'annulation qui en aurait été pro-

noncée ou le conflit qui leur aurait été notifié. » (1) Les juges qui, « après une réclamation légale des parties intéressées ou de l'autorité administrative, auront, sans autorisation du gouvernement, rendu des ordonnances ou décerné des mandats contre ses agents ou préposés prévenus de crimes ou de délits commis dans l'exercice de leurs fonctions », seront punis d'une amende de cent à cinq cents francs, et la même peine sera appliquée aux officiers du ministère public ou de police qui auront requis lesdites ordonnances ou mandats (2).

Mais les critiques contre l'article 75 devenaient plus vives et plus acerbes à mesure que se manifestaient plus clairement les tendances centralisatrices et autoritaires de Napoléon. Tant que durèrent les succès, l'Empereur pouvait laisser sa main s'appesantir sur ses sujets, sans risques pour lui : la garantie administrative, instrument commode d'autoritarisme, ne reçut aucune atteinte. Mais quand vinrent les jours mauvais, quand, au retour de l'île d'Elbe, l'Empereur jugea prudent d'accorder aux citoyens des libertés plus grandes par l'Acte additionnel, une loi fut promise pour « modifier » l'article 75 (3). C'était une promesse, qui ne devint jamais une réalité, l'Empire s'étant écroulé définitivement.

La Charte de 1814 avait soulevé une difficulté :

---

(1) Article 127.
(2) Article 129.
(3) Article 50 de l'Acte additionnel.

la Restauration allait-elle accepter et conserver la garantie administrative que lui léguait la Révolution, par l'intermédiaire de l'Empire ? Une grave controverse s'éleva entre tous les auteurs de l'époque ; l'article 75 de la Constitution de l'an VIII survivait-il ou était-il abrogé par la Charte ?

La discussion s'envenima d'autant plus que les partis politiques s'y mêlèrent pour faire servir la question à leurs desseins. Les libéraux proclamèrent que l'article 75 avait cessé de vivre (1), tandis que le centre et la droite, au contraire, soutenaient la nécessité de l'autorisation préalable (2). A notre avis, la question est facile à résoudre ; en effet, l'article 75 doit avoir survécu, comme réglant l'organisation administrative, qui a passé de la Révolution à l'Empire, et de l'Empire à la Restauration ; l'organisation politique seule avait disparu, l'organisation administrative restant intacte. L'article 68 de la Charte maintenait d'ailleurs les lois existantes non contraires à la nouvelle Constitution, c'était le cas de l'article 75.

D'ailleurs, la controverse ne put pas durer longtemps de bonne foi, car le 8 décembre 1814, une loi sur les contributions trancha incidemment le différend. L'article 144 de cette loi décide en ef-

---

(1) Voir Benjamin Constant, *Traité de politique constitutionnelle*, t. I[er], p. 97 ; — Cormenin, *Questions de droit administratif*, t. II, p. 529, note et t. III, p. 404.

(2) Voir Duvergier de Hauranne, *De l'ordre légal et des abus d'autorité*, t. I[er], p. 129.

fet que « les préposés et employés de la régie des contributions indirectes pouvaient être poursuivis dans les mêmes formes que les autres citoyens, pour crimes ou délits commis dans l'exercice de leurs fonctions, sans qu'il fût besoin d'autorisation préalable. » A contrario, on peut en conclure que l'autorisation préalable reste nécessaire pour pouvoir poursuivre les autres fonctionnaires. Le 11 décembre, d'ailleurs, trois jours après, un arrêt du Conseil d'Etat tranche définitivement la question ; la nécessité d'une autorisation préalable reste la règle générale.

Puis la loi de finances de 1818 admet que l'on poursuive sans autorisation les fonctionnaires qui ordonneraient des contributions illégales ou qui en recouvreraient le montant.

Nous arrivons ainsi en 1830, et la Charte, cédant aux plaintes que n'avaient cessé de faire entendre les libéraux, promet, dans son article 69, une loi générale sur la responsabilité des fonctionnaires. Un semblant de satisfaction est donné à l'opinion publique ; un projet de loi est proposé par le député Devaux (1) : les fonctionnaires *administratifs* seraient soumis à une responsabilité civile sans entraves, tandis que les fonctionnaires *politiques* (ministres, préfets, maires, etc.), seraient soumis à la juridiction de la Cour Royale de leur

(1) *Moniteur*, 4 décembre 1832. Archives parlementaires, 2e série, t. 78, p. 56, 97 et 102.

ressort, après autorisation de poursuivre donnée par le supérieur hiérarchique. Ce procédé était très pratique en ce qui concerne les fonctionnaires administratifs, il l'était beaucoup moins pour les fonctionnaires politiques, et on fit valoir contre lui que ceux-ci seraient, en fait, à peu près irresponsables. On le déclara « mort-né », et le projet fut étouffé par la mauvaise volonté de tous les partis ; la gauche ne voulait pas l'irresponsabilité des agents politiques, la droite n'approuvait guère la libre poursuite des agents administratifs ; la discussion n'eut jamais lieu.

Deux ans après, nouveau projet, dit projet Barthe, du nom du Garde des Sceaux qui l'avait préparé ou plutôt qui le présentait, car ce projet n'est autre que celui de M. Devaux, presque sans modifications. La commission parlementaire étudie et remanie de fond en comble ce projet qui est présenté à la Chambre des députés le 17 mars 1835 (1). On admet le système répressif, cumulativement avec le système préventif : l'autorisation préalable doit être donnée par la Cour royale, et en cas de non-succès de l'attaque, le demandeur peut être condamné à une amende de 100 à 2000 francs, sans compter les dommages-intérêts. Le projet, très restrictif de la liberté, tandis qu'on espérait qu'il renverserait toute entrave à la li-

---

(1) *Moniteur*, 18 mars 1835. Archives parlementaires, 2e série, t. 93, p. 235.

berté de poursuite, souleva un tolle à peu près général ; toute la gauche, le centre et l'extrême droite protestèrent. Le projet retourne à la commission parlementaire : nouvel examen et nouvelle refonte ; c'est le ministre qui autorise, mais s'il assume la responsabilité aux lieu et place de son inférieur, la poursuite ne peut avoir lieu que devant la Chambre des pairs ; s'il s'agit d'un fonctionnaire politique, il sera assigné avec le ministre ; s'il s'agit au contraire d'un fonctionnaire administratif, le ministre seul sera poursuivi.

La Chambre, dans la séance du 26 mars (1), repoussa ce projet et adopta une proposition de M. Vivien (2), par laquelle le ministre devait couvrir son inférieur dans les trois mois, faute de quoi la poursuite avait lieu sans autre formalité. Ce projet arriva à la Chambre des pairs après beaucoup de retards successifs (3). Elle le discuta et le modifia durant trois séances : 16, 19 et 20 avril 1836. Mais le projet resta à l'état de projet, et ne devint jamais une loi.

La République de 1848 promit, elle aussi, dans

---

(1) *Moniteur*, 27 mars 1835.

(2) *Ibid.*, 2 avril 1835.

(3) C'est par erreur que MM. Perreau (*Responsabilité civile des fonctionnaires*, p. 159) et H. Guérin (*Responsabilité des fonctionnaires*, p. 41) disent que ce projet ne fut jamais transmis à la Chambre des Pairs. Voir *Moniteur* des 16, 17, 20, 21, 30 avril et 4 mai 1836.

sa Constitution, une loi sur la responsabilité des agents et dépositaires de l'autorité publique.

Une commission fut nommée pour proposer une loi sur la responsabilité des agents de l'Etat. M. Crémieux présente le projet le 18 février 1849 (1) : l'autorisation n'est nécessaire que pour les faits relatifs à la fonction. Pour les agents supérieurs, l'autorisation sera donnée par le Conseil d'Etat ; pour les agents inférieurs, elle sera donnée par le Conseil de préfecture. L'agent est responsable même des actes accomplis par lui en obéissance à des ordres réguliers en la forme, mais illégaux. Ce projet avait le tort de n'être à peu près pas étudié ; il n'était pas l'œuvre de gens compétents, il avait été très rapidement rédigé pour donner satisfaction aux libéraux et pour montrer le libéralisme de la nouvelle République. Aucun mot n'était défini, « agent de l'Etat », « agent du Gouvernement », « fonctionnaire », étaient des mots sans cesse confondus et indistinctement employés. Le projet ne fut d'ailleurs pas voté. Il fut représenté par M. Pradié l'année d'après, sans plus de succès.

Quand revint l'Empire, l'article 75, naturellement, ne fut pas abrogé, et les autorisations de poursuites étaient fort rarement accordées spécialement sous l'Empire autoritaire. De 1861 à 1865, il y eut cent cinquante demandes d'autori-

---

(1) *Moniteur*, 17 mars 1849.

sation de poursuites civiles. Vingt-deux seulement eurent une suite favorable (1). En matière électorale, c'était pire : de 1855 à 1864, sur vingt-quatre demandes, il y eut *une* autorisation accordée (2).

L'Empire libéral se montra plus large, et peu de temps avant sa chute, Napoléon III fit mettre à l'étude un nouveau projet de responsabilité des fonctionnaires (3) (4). Sedan survint...

---

(1) Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. Ier, p. 578.

(2) *Ibid.*

(3) Voir Grangé, *Des doctrines politiques du parti républicain à la fin du second empire*, Bordeaux, 1903.

(4) Voici d'après Lebon, la statistique des demandes d'autorisation pour les années de la fin de l'Empire : (cette statistique ne concorde pas avec celle de M. Ducrocq).

Années	Demandes	Autorisations	Refus	Non lieu à statuer	Années	Demandes	Autorisations	Refus	Non lieu à statuer
1859	38	10	20	8	1865	60	17	33	10
1860	50	16	24	10	1866	87	27	53	7
1861	33	5	24	4	1867	54	15	31	8
1862	52	12	31	9	1868	38	11	19	8
1863	52	12	22	18	1869	La statistique a été perdue dans l'incendie des archives du Conseil d'État.			
1864	60	14	37	9	1870				

CHAPITRE III

DÉCRET DU 19 SEPTEMBRE 1870

Les critiques contre l'article 75 étaient si vives et si générales que le Gouvernement de la Défense Nationale abrogea cet article, resté debout par un miracle d'équilibre politique. Ce fut un de ses premiers actes, fait sous la poussée des idées républicaines. Le décret du 19 septembre 1870 était ainsi conçu :

« *Article premier.* — L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est abrogé. Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre.

» *Article* 2. — Il sera ultérieurement statué sur les peines civiles qu'il peut y avoir lieu d'édicter, dans l'intérêt public, contre les particuliers qui auraient dirigé des poursuites téméraires contre les fonctionnaires. » (1)

---

(1) Il faut remarquer que si le décret de 1870 a pu abroger une loi, c'est qu'on était en période dictatoriale. En 1872, l'Assemblée Nationale contrôla les actes législatifs du Gouvernement provisoire pour choisir parmi eux ceux qu'elle devait maintenir et ceux qu'elle devait abroger.

Ce décret eut grand succès auprès du public ; aussi, quand l'Assemblée Nationale fut appelée à contrôler les actes législatifs du Gouvernement provisoire, elle le ratifia sans hésitation après le rapport de M. Taillefert, qui approuvait sans réserve l'article premier, et qui trouvait même l'article 2 trop restrictif de la liberté ; il était opposé au régime répressif pour garantir les fonctionnaires des attaques injustifiées. Il ne voulait pour eux aucune garantie, il n'admettait que le droit commun, pur et simple (1). C'est ce qui explique que, malgré la ratification du décret par l'Assemblée Nationale, les peines civiles prévues par l'article 2 ne furent pas votées par elle.

Le décret de 1870 s'est ressenti de la hâte avec laquelle il a été rédigé. Il n'est pas le résultat d'un projet mûrement étudié : c'est une avance faite par des hommes politiques « qui pensaient fournir une arme à leur parti » (2). On poursuivait un but politique plutôt qu'un but de justice et de bonne administration ; il en est résulté que l'abrogation de l'article 75 n'a été qu'un « leurre » (3). Le geste du Gouvernement provisoire supprimant d'un trait de plume la garantie ad-

---

(1) *Journal Officiel*, 18 avril 1872 (séance du 24 février 1872.)

(2) A. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 266.

(3) Lacoin, Rapport à la Société générale des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1906, p 401 ; — Ducrocq, *Traité de droit administratif*, t. III, p. 345.

ministrative a été un joli geste, mais il n'a été suivi d'aucun résultat appréciable pour les particuliers ; en effet, la garantie administrative n'était pas un fait isolé de notre organisation publique. C'était un des principes placés à la base de notre administration. Ce principe n'était pas indépendant : il faisait corps avec les autres principes législatifs. On ne pouvait le supprimer sans avoir à remanier l'organisation administrative : quand on supprime ou que l'on change un élément d'une organisation, il faut se préoccuper de ne pas détruire l'homogénéité du tout. Les auteurs du décret de 1870 ont cru qu'en supprimant une pièce de la machine administrative elle continuerait à marcher sans heurt, ni à-coup. Voilà quelle a été leur erreur.

A première lecture, le décret du 19 septembre 1870 semble pourtant bien net : il supprime l'autorisation préalable, et autres barrières destinées à empêcher la poursuite des fonctionnaires par les particuliers lésés ; la poursuite sera entièrement libre, aucune difficulté préalable n'existera plus. Mais si la garantie administrative par système préventif est supprimée, le système répressif sera organisé par des peines civiles édictées contre les plaideurs téméraires.

Voilà ce que l'on croit bien clair à première vue. En réalité, la question est beaucoup plus complexe. Tout d'abord, le système répressif promis n'a jamais été organisé. L'article 2 du décret est donc resté lettre morte. Reste l'article premier. Que se passera-t-il quand un particulier, lésé par

un acte accompli par un fonctionnaire dans l'exercice de ses fonctions, voudra se faire faire justice ? Il poursuivra l'agent devant les tribunaux judiciaires. Il pourra le citer *de plano* sans avoir à se préoccuper d'obtenir une autorisation préalable : le décret de 1870 est bien clair pour cela. Mais une fois la citation lancée, la question se complique ; en effet, on se heurte ici au principe de la séparation des pouvoirs ; les lois révolutionnaires ont posé à la base de tout notre droit cette idée que les tribunaux judiciaires ne peuvent connaître des actes de l'administration ; dès lors, qu'arrivera-t-il si, pour juger la cause, le tribunal judiciaire est obligé d'apprécier un acte administratif ? L'administration élèvera-t-elle le conflit ? Mais alors, le fonctionnaire sera soustrait à ses juges naturels. Il sera, en fait, irresponsable ; et que devient, dès lors, le décret de 1870 ? Le conflit élevé par l'administration sera une barrière que le particulier lésé ne pourra franchir, et derrière laquelle le fonctionnaire sera en toute sécurité.

En somme, un dilemme se pose : ou bien le décret du 19 septembre va contre la séparation des pouvoirs s'il permet à l'autorité judiciaire d'apprécier les actes de l'administration ; ou bien il est complètement inefficace s'il ne leur confère pas ce pouvoir, et même il peut empêcher toute poursuite (1). C'est dans la seconde partie du dilem-

(1) Ducrocq, *Traité de droit administratif*, t. III, p. 346.

me qu'il faut chercher la vérité. Le décret de 1870 n'a pu avoir pour effet de supprimer la règle de la séparation des pouvoirs ; c'est un principe trop important pour être arraché d'une législation sans études antérieures, longues et sérieuses.

On pourra peut-être dire que le décret-loi était « un premier pas vers l'abolition de la règle de séparation des pouvoirs » (1) En effet, la veille, le 18 septembre, une commission avait été nommée par décret pour examiner la question de la suppression de la juridiction administrative. Cette commission se prononça à l'unanimité en faveur de cette suppression. Mais, du rapprochement même des deux dates, 18-19 septembre, on peut conclure, nous semble-t-il, que la séparation des pouvoirs n'a pas été abolie par le décret-loi ; une réforme aussi radicale ne s'improvise pas en vingt-quatre heures !

Mais les auteurs qui soutiennent que le décret de 1870 a porté atteinte au principe de la séparation des autorités administrative et judiciaire (2) puisent un argument dans le texte même du décret-loi : « Sont également abrogées toutes les autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre. » Ce paragraphe, disent-ils, vise la loi des

(1) Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 137.

(2) Voir rapport de M. Dagallier à la Cour de cassation : D., 72-1-390.

16-24 août 1790, la constitution du 3 septembre 1791, en ce qu'elle organise l'administration, et les autres textes qui traitent de la distinction et de la séparation entre le pouvoir administratif et le pouvoir judiciaire, et qui interdisent à celui-ci d'empiéter sur le domaine de celui-là. Dès lors, les tribunaux judiciaires seraient compétents pour apprécier l'acte administratif. C'est l'avis de M. Ducrocq : « Nous croyons que l'abrogation de l'article 75... devient pour les agents du Gouvernement l'occasion d'une situation plus entièrement protégée que par le passé, si cette abrogation ne laisse pas aux tribunaux judiciaires l'appréciation, si dangereuse qu'elle puisse être, des actes des administrateurs dont se plaignent les administrés... Notre doctrine... ne consiste pas à dire que le décret du 19 septembre 1870 permet à l'autorité judiciaire de faire obstacle à aucun acte administratif, mais seulement d'apprécier ces actes au point de vue de leurs conséquences dommageables... Ce pouvoir est moindre, mais il est également contraire au principe de la séparation des deux autorités. » (1)

Nous ne partageons pas la manière de voir de M. Ducrocq. Pour nous, le paragraphe qui abroge « toutes autres dispositions générales ou spéciales... ayant pour but d'entraver les poursuites » fait allusion aux arrêtés postérieurs à l'an VIII

---

(1) Ducrocq, *Traité de droit administratif*, t. III, p. 345.

et donnant le pouvoir d'autorisation aux directeurs généraux des grandes administrations. Ainsi les arrêtés des 9 Pluviôse et 10 Floréal an X, 28 Pluviôse, 10 et 29 Thermidor an XI, et le décret du 28 février 1806. Ce sont les dispositions spéciales.

Quant aux dispositions générales, il faut les chercher dans nos codes ; le décret de 1870 abroge l'article 129 du Code pénal, qui n'était qu'une sanction de l'article 75. On a même dit que, par ces mots « dispositions générales », le décret avait en vue « les lois antérieures à l'an VIII, prescrivant une autorisation spéciale, de crainte qu'on ne les invoquât comme on l'avait fait sous la Restauration » (1).

En admettant, d'ailleurs (ce que, pour notre part, nous ne croyons pas) que l'antique principe de la séparation des pouvoirs ait été supprimé en 1870, il a été, en tous cas, rétabli par la loi du 24 mai 1872, qui a organisé le Tribunal des Conflits dans le seul but de le faire respecter.

---

(1) Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 39 en note ; — Voir aussi Toullier, *Droit civil*, n° 223. — Voir aussi Hauriou, *Droit administratif*, p. 379 ; — Becquet, *Répertoire*, v° Fonctionnaire public ; — Jacquelin, *Principes du contentieux*, p. 132.

Section I

ETUDE DE LA JURISPRUDENCE DE 1870 A 1873

Au lendemain du décret, les controverses les plus passionnées commencèrent à s'élever sur le sujet qui nous occupe : la séparation des pouvoirs a-t-elle été supprimée ou existe-t-elle toujours ? Les tribunaux judiciaires sont-ils compétents pour apprécier les actes de l'administration ou doivent-ils se dessaisir en faveur des tribunaux administratifs ? La première interprétation qui fut faite du décret du 19 septembre fut très libérale et aboutissait à la liberté pleine et entière des poursuites.

La Commission provisoire remplaçant le Conseil d'Etat fut la première à avoir à se prononcer sur la question. Elle le fit implicitement, le 7 mai 1871, dans l'affaire de Cumont et Stofflet contre Engelhard (1). Voici en quoi consistait cette affaire : M. Engelhard, préfet du Maine-et-Loire, par un arrêté en date du 3 décembre 1870, suspendait pour deux mois les journaux *L'Union de l'Ouest* et *L'Ami du Peuple* en accusant leurs rédacteurs de trahir la patrie et d'être de connivence avec l'ennemi. MM. de Cumont et Stofflet, directeur et gérant de ces journaux, se pourvurent devant l'autorité judiciaire pour faire déclarer calomnieuses et diffamatoires les imputations

(1) Lebon, 1871, p. 28 ; D., 72-3-18.

contenues dans l'arrêté. Le préfet présenta un déclinatoire d'incompétence. La Cour d'appel d'Angers passa outre ; son jugement contenait les attendus suivants : « Attendu que sous l'empire de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, les plaignants auraient été obligés de se pourvoir de l'autorisation administrative pour poursuivre M. Engelhard, mais que, si cette autorisation leur avait été accordée ils n'auraient rencontré aucune autre entrave ; que l'article 75 étant aboli par le décret du 19 septembre 1870, il en résulte que l'autorisation préalable n'est plus nécessaire et que les plaignants se trouvent dans la même situation que celle dans laquelle ils auraient été autrefois après l'obtention de l'autorisation, et que, par conséquent, leur action est régulièrement intentée ; — attendu que s'il en était autrement, le décret du 19 septembre, qui abroge l'article 75, serait une fiction illusoire puisque les entraves que ce décret a voulu supprimer n'auraient fait que changer de forme et subsisteraient dans toute leur force. »

Un arrêté de conflit intervint le 9 février 1871. La commission faisant fonction de Conseil d'Etat l'annula, le 7 mai 1871, et la procédure reprit devant la Cour d'Angers, qui condamna le préfet à 100 francs d'amende et à l'insertion du jugement dans quatre journaux, à ses frais. Le préfet se pourvoit en Cassation. L'arrêt est cassé pour vice dans la citation. L'affaire revient encore une fois devant la Cour d'Angers ; le préfet forme devant

la Cour de cassation une demande en renvoi pour cause de suspicion légitime, et l'affaire va devant la Cour d'Orléans, qui, le 28 juin 1872, condamne M. Engelhard à 500 francs d'amende, 3.000 francs de dommages et à l'insertion. Il se pourvoit encore en Cassation, en s'appuyant sur ce que la séparation des pouvoirs a été violée, les tribunaux judiciaires ne devant pas apprécier son arrêté, qui est un acte administratif. La Cour de cassation, le 25 janvier 1873 (1), après délibération en chambre du conseil, mit fin à cette affaire qui avait épuisé toutes les juridictions, par un arrêt qui rejette le pourvoi : « Attendu que si la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire est un principe essentiel de notre droit public, et s'il est fait défense aux tribunaux de connaître des actes d'administration, il ne s'ensuit pas qu'ils ne puissent lorsqu'ils sont saisis de la poursuite d'un délit, apprécier les faits qui se rattachent à ces actes; attendu que ce droit ne peut être dénié aux tribunaux sans rendre illusoire le recours des citoyens à la justice ; que ce droit leur appartenait même sous l'empire de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII et qu'il ne saurait en être autrement depuis que le décret du 19 septembre 1870 a eu pour effet de restituer aux citoyens le droit de saisir directement les tribunaux des demandes en réparation du préjudice que les procédés arbitrai-

(1) D., 73-1-293.

res ou excessifs des fonctionnaires, dans l'exercice de leurs fonctions, ont pu leur faire éprouver. »

Cette jurisprudence fut encore mieux établie par un arrêt de la Cour de cassation en date du 3 juin 1872, au sujet de l'affaire Meyère (1). Pendant la guerre franco-allemande, le général Meyère, commandant la subdivision de Langres, en état de siège, fit arrêter et incarcérer par mesure de police le sieur Rollin ; sur la demande de celui-ci, le tribunal civil de Langres condamna le général Meyère à 2.000 francs de dommages-intérêts. En appel, la Cour de Dijon réduit cette somme à 1.000 francs, mais le général Meyère se pourvoit en Cassation en s'appuyant sur ce fait que l'arrêt de la Cour de Dijon a violé le principe de la séparation des pouvoirs. Le conseiller-rapporteur Dagallier présenta sur le pourvoi des observations très intéressantes ; pour lui, le décret de 1870, en abrogeant l'article 75, a donné aux tribunaux judiciaires le droit d'apprécier les actes administratifs, parce que l'article 75 n'avait pas d'autre but que d'assurer l'indépendance de l'administration et de protéger non la personne inculpée, mais l'acte administratif. Dès lors, l'abrogation de l'article 75 a eu comme résultat fatal d'autoriser les tribunaux judiciaires à connaître des actes administratifs. « Je ne me dissimule pas que c'est là

(1) D., 72-1-385.

une atteinte au principe de la séparation des pouvoirs, mais qu'y faire ? La loi l'a ainsi voulu et elle ne peut être exécutée qu'à ce prix. » M. l'avocat général Reverchon aboutissait à la même idée de la compétence judiciaire en s'appuyant sur un arrêt du Conseil d'Etat en date du 14 décembre 1862 (1).

En effet, antérieurement à 1870, l'autorisation n'était pas nécessaire, d'après les lois de finances votées chaque année, pour poursuivre « les receveurs, percepteurs, ou autres individus » ayant illégalement perçu des impôts. C'était là une grave dérogation à la séparation des pouvoirs, si on estimait les tribunaux judiciaires compétents. C'est ce que dit l'arrêt du Conseil d'Etat précité. Le décret de 1870 n'a fait, en somme, que généraliser les dérogations partielles que certaines lois avaient déjà fait subir à l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. De l'exception, il a fait la règle ; il a donné à l'abrogation absolue qu'il a décrétée le caractère et les effets des abrogations spéciales antérieurement prononcées. » Le principe de la séparation des pouvoirs, d'ailleurs, continue d'exister : la juridiction administrative n'a pas plus le droit qu'avant 1870 de citer à sa barre les administrateurs, comme jadis les Parlements le faisaient. Conformément aux conclusions de M. Reverchon, la Cour de cassation rejeta le pourvoi

(1) D., 63-3-11.

par un arrêt dans lequel nous relevons les attendus suivants :

« Attendu que le décret rendu par le Gouvernement de la défense nationale, le 19 septembre 1870, lequel abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, ainsi que toutes les autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre, a nécessairement pour effet d'appeler les tribunaux à apprécier et qualifier les actes imputés aux agents du gouvernement et qui donnent lieu à une action en réparation civile ; attendu que si les tribunaux saisis devaient surseoir à statuer sur le fond jusqu'à ce que l'acte imputé eût été soumis à l'examen de l'autorité administrative, ce serait faire revivre, sous une autre forme, en faveur des agents poursuivis, la garantie stipulée par l'article 75 de la Constitution de l'an VIII que le décret du 19 septembre 1870 a eu pour but de faire entièrement disparaître. »

Enfin, le 20 juin 1873, dans une affaire Petit (1), la Cour de cassation, au cours de son arrêt, disait : « Le principe de la séparation des pouvoirs ne met aucun obstacle à ce que les tribunaux saisis d'une poursuite contre un fonctionnaire public pour un délit relatif à ses fonctions, apprécient les faits qui se rattachent à ce délit, les motifs

---

(1) D., 73-1-390.

qui leur ont servi de base, et la responsabilité qui peut en résulter. Ce droit qui leur appartenait sous l'empire des lois des 14 décembre 1789 et 22 frimaire an VIII, doit leur être, à plus forte raison, reconnu, aujourd'hui que ces lois sont abrogées. »

Section II

Etude de la jurisprudence depuis 1873

La loi du 24 mai 1872 réorganisa le tribunal des conflits, et celui-ci abandonna la jurisprudence admise jusque-là : il pose en principe que la règle de la séparation des pouvoirs n'a pas été atteinte par le décret du 19 septembre 1870. Cette règle est sanctionnée en pratique par le conflit. Dès lors, si les tribunaux judiciaires (devant lesquels on peut poursuivre les fonctionnaires), sont appelés à apprécier un acte de l'administration, le conflit devra être élevé. Le Tribunal des Conflits annulera ou confirmera l'arrêté de conflit. S'il est confirmé, les tribunaux judiciaires seront dessaisis et les particuliers lésés pourront s'adresser aux tribunaux administratifs. Mais devant eux les fonctionnaires ne peuvent être poursuivis. Dans ce cas, l'agent de l'Etat sera irresponsable.

Nous avons donc deux points à étudier tout d'abord : 1° possibilité pour l'administration d'élever le conflit ; 2° principes qui dominent la jurisprudence du Tribunal des Conflits. Nous étudierons

ensuite la question de savoir si le fait pour un fonctionnaire d'obéir à un ordre régulier donne à l'acte, dans tous les cas, le caractère administratif, c'est-à-dire si le fonctionnaire qui n'a fait qu'obéir est couvert par l'ordre de son supérieur.

§ I. — Peut-on élever le conflit ?

Le Tribunal des conflits, à propos de l'affaire Pelletier, soutint que le principe de la séparation des pouvoirs continuait à régir toute notre organisation judiciaire et administrative, et que le décret de 1870 n'y avait porté aucune atteinte ; que, dès lors, on pouvait soustraire un fonctionnaire à la compétence des tribunaux judiciaires, en élevant le conflit. Voici en quoi consistait cette affaire Pelletier : Le 18 janvier 1873, le sieur Leudot, commissaire spécial de police à Creil, opéra la saisie du journal *Le Devoir*, conformément à l'ordre que lui avait donné le général de Ladmirault, comme commandant le département de l'Oise en état de siège. M. Pelletier, propriétaire du journal, assigna devant le tribunal civil de Senlis le général de Ladmirault, le sieur Choppin, préfet de l'Oise, et le sieur Leudot, commissaire de police à Creil. Le préfet de l'Oise propose un déclinatoire, un tribunal judiciaire ne pouvant être compétent d'après lui pour apprécier la validité

(1) Conflits, 30 juillet 1873. D., 74-3-5 ; — S., 74-2-28.

de la saisie, acte administratif. Le tribunal civil de Senlis rejette le déclinatoire, s'appuyant sur la théorie, courante jusque-là, qui admet la compétence des tribunaux judiciaires pour apprécier les actes administratifs, depuis le décret du 19 septembre 1870. Le préfet éleva alors le conflit. M. David, commissaire du gouvernement devant le Tribunal des conflits, présenta sur cette affaire des observations d'autant plus intéressantes qu'elles émettaient une théorie nouvelle, ou du moins en contradiction avec celle qu'avaient adopté le Conseil d'Etat et la Cour de cassation : il admet la possibilité du conflit et il fait très justement remarquer que si on ne l'admet pas, il s'ensuivra fatalement que tout citoyen qui se trouvera lésé dans ses droits par un acte administratif, au lieu de l'attaquer directement devant la juridiction administrative compétente pour en connaître, n'aura désormais qu'à s'en prendre au fonctionnaire public dont cet acte émane, ou même à son agent d'exécution, sous la forme d'une demande en dommages-intérêts, pour soustraire cet acte à ses juges naturels et en remettre l'appréciation et le jugement à l'autorité judiciaire. Ce serait l'anéantissement même de la séparation des pouvoirs. Ce principe existe toujours, est toujours à la base de notre droit administratif. L'administration peut toujours élever le conflit quand les tribunaux judiciaires veulent interpréter un acte administratif.

M. David, dans ses observations, fait remarquer

qu'il y a lieu de distinguer « *la garantie personnelle* », c'est-à-dire l'autorisation préalable, abolie par le décret de 1870, et « *la garantie réelle* », c'est-à-dire le droit pour l'administration d'élever le conflit, qui n'a pas été atteinte par le décret (1). La première de ces garanties existait dans l'intérêt du *fonctionnaire,* la seconde existe dans l'intérêt de *l'acte.* La première était une simple règle de procédure pour protéger les agents contre les attaques injustifiées. La seconde est une règle de compétence ayant pour but d'empêcher l'ingérence des tribunaux judiciaires dans les actes de l'administration. L'abrogation de la garantie personnelle n'entraîne nullement l'abrogation de la garantie réelle. D'ailleurs, si la garantie réelle était abrogée, on arriverait à cette anomalie singulière que l'autorité judiciaire, dans un procès entre particuliers, serait obligée de renvoyer à l'autorité administrative l'examen d'un acte émanant d'elle, si l'appréciation de cet acte était nécessaire dans la connaissance du procès, tandis que cette même autorité judiciaire pouvait connaître de cet acte si le procès s'agitait entre particuliers et fonctionnaires publics.

Cette abrogation de la garantie réelle n'a pas pu être édictée par le décret-loi, car ce décret a

---

(1) Cette idée avait été déjà très savamment développée par M. Cazalens dans le Dalloz, J. G., au cours d'une longue note sous arrêt de la Cour de cassation, affaire Meyère contre Rollin ; Voir D , 72 1-385.

voulu rejeter les fonctionnaires publics dans le droit commun, non les en faire sortir.

Voilà quels ont été les arguments apportés par le commissaire du Gouvernement, arguments qui ont convaincu le Tribunal des conflits, et celui-ci les a adoptés dans son arrêt. Il reconnaît l'existence des deux garanties, réelle et personnelle. Il reconnaît « que le décret rendu par le Gouvernement de la Défense nationale, qui abroge l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, ainsi que toutes les autres dispositions des lois générales et spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre, n'a eu d'autre effet que de supprimer la fin de non-recevoir résultant du défaut d'autorisation avec toutes ses conséquences légales, et de rendre ainsi aux tribunaux judiciaires toute leur liberté d'action dans les limites de leur compétence; mais il n'a pu avoir également pour conséquence d'étendre les limites de leur juridiction, de supprimer la prohibition qui leur est faite, par d'autres dispositions que celles spécialement abrogées par le décret, de connaître des actes administratifs et d'interdire dans ce cas à l'autorité administrative le droit de proposer le déclinatoire et d'élever le conflit d'attribution. Une telle interprétation serait d'ailleurs inconciliable avec la loi du 24 mai 1872 qui, en instituant le Tribunal des conflits, consacre à nouveau le principe de la séparation des pouvoirs et les règles de compétence qui en découlent. » Cette jurisprudence a été depuis

constamment suivie par le Tribunal des conflits. Nous n'étudierons pas ses arrêts les uns après les autres. Ce serait fastidieux autant qu'inutile, tous étant, à peu de chose près, rédigés dans les mêmes termes (1).

La Cour de cassation s'est décidée plus lentement pour reconnaître la légitimité de la procédure du conflit dans notre matière. Ce n'est que le 3 août 1874, dans son arrêt au sujet de l'affaire Valentin contre Haas, qu'elle admettait pour la première fois l'interprétation du décret-loi de 1870 déjà adoptée par le Tribunal des conflits. Elle l'adopta sur les objurgations de M. le premier avocat général Blanche, qui dans ses conclusions soutint que le décret du 19 septembre avait bien abrogé l'article 75, mais n'avait pas

---

(1) Voir affaire Plassan contre général Lapasset, 28 nov 1874, D., 75-3-75 ; S., 76-2-192 ; — affaire Lecoq contre Louis, 29 juill. 1876, D., 77-3-17 ; S., 78-2 309 ; — affaire Laumonier-Carriol, 5 mai 1877, D., 78-3-13 ; S., 78 2-93 ; — affaire Gounouilhou contre de Tracy, 24 novembre 1877, D., 78-3-17 ; S., 78-2-157 ; affaire de Douville-Maillefeu contre de Sandrans, 8 décembre 1877, D . 78 3 18 ; S., 79-2-279 ; — affaire de Roussen contre Souquière, 8 décembre 1877 ; D., 78-3-18 ; S., 79 2-279 ; — affaire de Roussen contre Champoiseau, 8 déc. 1877 ; D. 78 3 19 ; S., 79-2-279 ; — affaire Praile contre de Biancourt, 8 déc. 1877, D., 78 3 20 ; S., 79-2-279 ; — affaire de Roussen contre Bernard, 15 déc. 1877 ; D., 78 3-18 ; S., 79 2 307 ; — affaire Camion contre Gueidon, 15 déc. 1877, D., 78 3-18 ; S , 79-2 307 ; — affaire Della Rocca contre Grandval, 15 déc 1877, D., 78-3 18 ; S., 79-2-307 ; affaire Mathieu et Dazin, 13 mars 1886, S., 87-3-80, etc., etc.

pour cela, modifié les règles de la séparation des autorités. Il concluait ainsi :« Depuis ce décret, les tribunaux judiciaires peuvent être saisis directement des faits imputables aux fonctionnaires, des faits à l'occasion desquels ils pouvaient être saisis précédemment, après l'autorisation du gouvernement. Mais il est irrationnel d'admettre que, par voie de conséquence forcée, les tribunaux sont devenus compétents pour apprécier des faits dont la loi, la loi constitutionnelle leur interdit de connaître. » (1).

Toute cette jurisprudence, avons-nous dit, est basée sur la distinction entre la garantie réelle, encore existante, et la garantie personnelle, abolie par le décret du 19 septembre 1870.

La garantie réelle, c'est la possibilité d'élever le conflit quand il y aura à apprécier un acte administratif. Il ne faut pas perdre de vue que cette garantie a été imaginée en faveur de l'acte, et non en faveur du fonctionnaire. Ce ne seront pas tous les actes que celui-ci fera dans l'exercice de ses fonctions, qui seront garantis ; ce seront les actes de l'administration. Nous aurons donc à définir exactement l'acte administratif.

En résumé, quand un particulier se prétendra lésé à la suite de l'acte d'un agent du gouvernement, il le citera devant le tribunal judiciaire, sans

---

(1) D., 76-1-297. Voir aussi Cass. affaire Labadie contre Gaillardon, 8 février 1876, D., 76-1-292.

avoir besoin d'aucune autorisation. S'il y a fait personnel du fonctionnaire, l'autorité administrative ne devra pas élever le conflit, et si elle l'élève, le Tribunal des conflits annulera l'arrêté préfectoral tendant à enlever l'affaire aux tribunaux judiciaires. Ceux-ci, dès lors, connaîtront de l'affaire en toute liberté. Mais s'il n'y a pas fait personnel, s'il y a fait administratif, les tribunaux judiciaires ne doivent pas en connaître, ils doivent se déclarer incompétents. S'ils ne le font pas, le préfet présentera un déclinatoire d'incompétence, et si le tribunal passe outre, il élèvera le conflit. Le Tribunal des conflits confirmera l'arrêté et l'affaire sera de la compétence administrative.

Faut-il conclure de là que le décret de 1870 a été « complètement inefficace » (1) ? Faut-il en conclure que « la seule différence entre le système actuel et celui de la constitution de l'an VIII c'est qu'avant 1870 la poursuite contre les fonctionnaires était subordonnée à l'autorisation du Conseil d'Etat, et qu'aujourd'hui elle est subordonnée à l'autorisation du Tribunal des conflits (2) ? Nous ne le croyons pas. Que le décret de 1870 n'ait pas donné les résultats qu'on en attendait, soit. Mais on ne peut dire qu'il soit sans aucun résultat pratique. En effet, sous le régime de

---

(1) Ducrocq, *Traité de droit administratif*, t. III, p. 346.
(2) Duguit, *Manuel*, p. 464.

l'autorisation préalable, la poursuite elle-même était soumise à l'arbitraire du gouvernement. Même en cas de faute lourde, en cas de faute incontestablement personnelle, le Conseil d'Etat pouvait refuser l'autorisation ; et, en fait, il la refusait souvent pour le seul motif d'opportunité politique. Il n'était pas tenu par la règle de droit, ne décidait pas en tant que Tribunal, mais en tant que Conseil. Sous ce régime de prévention prohibitive, l'arbitraire était légitime.

A l'heure actuelle, la poursuite peut être entamée sans formalités préalables. Si le conflit est élevé, il est porté devant un tribunal ayant l'esprit judiciaire, et lié par le droit. Le tribunal des conflits ne s'appuie pas sur des questions d'opportunité politique dont il n'a cure : nous n'en voulons pour preuve que l'affaire de l'instituteur Morizot. Le gouvernement aurait évidemment souhaité que l'affaire soit étouffée (c'est le vœu le plus cher de tout gouvernement quand il voit surgir une affaire qui, exploitée par les partis d'opposition, peut servir d'arme contre toute une catégorie de fonctionnaires). Or, l'étouffement n'a pas pu avoir lieu. Le Tribunal des conflits a longuement examiné, longuement pesé tous les propos reprochés à l'instituteur. Certains ont été admis être des fautes fonctionnelles ; d'autres, au contraire, ont été déclarés constituer des fautes personnelles engageant la responsabilité de Morizot. On peut dire, croyons-nous, d'une façon à peu près certaine, que sous l'empire de l'article 75, l'affaire

Morizot n'aurait jamais été plaidée parce que l'autorisation de poursuivre aurait été refusée.

Il faut bien reconnaître évidemment que l'arbitraire est *possible* de la part du Tribunal des conflits, puisque ses jugements sont sans appel. Mais il n'est pas légitime. On peut espérer et croire en l'équité des membres de ce Tribunal, qui est un sûr garant de la justice de ses arrêts.

§ II. — Quels sont les principes qui déterminent le Tribunal des conflits ?

Pour connaître ces principes, nous devons tout d'abord nous demander : « Qu'est-ce que l'acte administratif ? » Nous étudierons ensuite quel est le caractère de la faute personnelle qui, entachant l'acte administratif, fait naître à la charge du fonctionnaire une responsabilité civile.

A. — *Qu'est-ce que l'acte administratif ?*

Nous dirons que l'acte administratif est, d'une façon générale, *lato sensu*, toute manifestation de volonté faite au nom de l'Etat ou d'une autre personne morale publique (1).

---

(1) On a parfois confondu « acte administratif » *stricto sensu* et « acte de puissance publique » par opposition aux actes de gestion (H. Guérin, *Responsabilité civile des fonctionnaires*, p. 69 et 129.)

On a souvent voulu faire entrer la notion de « but légal » dans la définition de l'acte administratif. On a dit que l'acte était administratif à la condition d'être fait « dans les limites fixées par le droit objectif » (1). Nous ne partageons pas cette opinion. Nous ne croyons pas que l'illégalité d'un acte puisse lui enlever son caractère administratif, et cela quelle que soit la cause de l'illégalité : vice dans le fond ou vice dans la forme.

La jurisprudence des tribunaux judiciaires s'était fixée pendant longtemps dans la doctrine opposée à celle que nous soutenons. Pour elle, l'acte n'était administratif qu'à la condition d'être légal dans le fond et dans la forme. Si l'acte était entaché d'un vice provenant de l'incompétence de son auteur ou de l'inobservation des formalités, on n'était plus en face que d'une simple voie de fait de l'agent. C'était un acte personnel. « L'acte administratif proprement dit est, non celui que le fonctionnaire fait, mais celui que la loi l'autorise à faire. » (2) Si le fonctionnaire n'a pas respecté la loi en agissant « il n'y a plus un acte administratif, mais un abus de la fonction, un fait personnel à l'agent. » Cette théorie fut reprise par beaucoup de tribunaux et de Cours d'appel, lors des décrets du 29 mars 1880, ordonnant l'expul-

---

(1) Duguit, *Manuel*, p. 209.

(2) Dijon, affaire Chamoy, 16 décembre 1876, S., 77-2-53 ; — Conflits affaire Boyer, 29 novembre 1890, D., 92-3-48.

sion de certains ordres religieux. C'est ainsi que les tribunaux admettaient d'une façon courante que « tout acte émanant de l'administration supérieure ou inférieure n'est pas forcément, par cela même, un acte administratif dans le sens légal et rigoureux de cette expression ; il faut, pour qu'il ait réellement ce caractère, qu'il soit accompli dans les conditions exigées par les lois et règlements ; sans cela, l'acte administratif pourrait être quelquefois synonyme d'acte arbitraire » (1).

Mais il ne faut pas se dissimuler que cette jurisprudence était purement occasionnelle. Il s'agissait pour les tribunaux de revendiquer la compétence nécessaire pour connaître des actes administratifs ; pour arriver à ce résultat, on en fut réduit à donner une définition inexacte des mots « acte administratif », ou à revendiquer pour le pouvoir judiciaire le droit d'apprécier les actes faits par l'administration. On faisait valoir que « si en principe les actes gouvernementaux et administratifs ne sont susceptibles d'aucun recours devant la juridiction de droit commun, c'est toujours sous la réserve des droits dont les tribunaux ne sauraient être dépouillés, de garantir la liberté, le domicile et la propriété des citoyens contre toute voie de fait qui ne serait pas dans les pouvoirs constitutionnels ou légaux du gouverne-

(1) Trib. civ. de Saint-Palais, affaire Miresson, Vidal et autres contre Elisi de Saint-Victor, 12 mars 1881, cité par H. Guérin, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 132.

ment ou de l'administration » (1). Pour notre part, nous ne pouvons partager cette opinion : les tribunaux administratifs peuvent connaître, eux, des actes administratifs, et ils sont chargés, tout comme les tribunaux judiciaires, de faire respecter les droits des citoyens. Les tribunaux judiciaires ne peuvent donc pas s'ériger en redresseurs des torts de l'administration puisqu'il y a une juridiction compétente pour cela.

De plus, cette jurisprudence a le défaut très grave d'aller contre le principe de la séparation des pouvoirs. M. Brémond, professeur à la Faculté de droit de Montpellier, l'a très bien montré : si l'on admettait que l'acte administratif est, non celui que fait le fonctionnaire, mais celui que la loi l'autorise à faire, « on en déduirait logiquement cette conclusion que les tribunaux judiciaires peuvent dans tous les cas apprécier la légalité des actes de l'administration, puisqu'ils ne deviendraient incompétents que lorsque cette légalité serait prouvée » (2).

C'est aussi l'avis du Tribunal des conflits qui a, d'ailleurs, redressé l'erreur des tribunaux judiciaires, toutes les fois que le conflit a été élevé. Pour lui, « l'illégalité reprochée à un acte admi-

---

(1) Ordonnance du président du Tribunal civil de Tarascon, affaire Chapelle contre Poubelle. 3 nov. 1880. Cité par H. Guérin, *Responsabilité civile des fonctionnaires*, p. 134 en note.

(2) Brémond, Compétence en matière de responsabilité des fonctionnaires, *Revue critique*, 1892, p. 129.

nistratif ne le dépouille pas de ce caractère pour le faire dégénérer en fait particulier » (1). Même si l'acte a été annulé par l'autorité administrative supérieure, même s'il a été annulé comme illégal par les tribunaux administratifs, « il ne s'ensuit pas nécessairement pour cela que l'acte ait perdu son caractère administratif à l'égard de l'autorité judiciaire, et que celle-ci soit compétente pour en apprécier les conséquences (2). Cela se comprend aisément : l'annulation de l'acte ne prouve qu'une chose, c'est qu'il contient une faute administrative, or les fautes administratives ne relèvent pas, comme telles, des tribunaux judiciaires.

M. Laferrière a fait adopter cette théorie par le Tribunal des conflits dans l'affaire Laumonnier-Carriol, pour laquelle il était commissaire du gouvernement. Voici en quoi consistait l'affaire : M. Merlet, préfet du Maine-et-Loire, avait pris un arrêté ordonnant la fermeture de la fabrique d'allumettes appartenant à M. Laumonnier-Carriol. Cet arrêt était pris en vertu des pouvoirs de police que le préfet avait de par les lois et règlements en vigueur sur les établissements dangereux, incommodes ou insalubres. Mais, en réalité, le préfet n'avait pas eu en vue, paraît-il, l'hygiène publique ; il n'avait agi que sur l'ordre du minis-

---

(1) Conflits ; affaire Gounouilhou, 24 nov. 1877, D., 78-3-17.

(2) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I^er^, p. 431.

tre des finances, pour éviter de payer une indemnité au propriétaire évincé à la suite de la loi sur le monopole ; c'était un détournement de pouvoirs de police dans un but fiscal. M. Laumonnier-Carriol assigna devant le tribunal civil d'Angers MM. Bodet et Magne, ex-ministres des finances, et M. Merlet, ex-préfet du Maine-et-Loire, en paiement de dommages-intérêts pour réparer le préjudice causé par la fermeture injustifiée de l'usine. Le préfet proposa un déclinatoire d'incompétence. Le tribunal passa outre et déclara que l'arrêté incriminé ne constituait pas un acte administratif : le préfet ne représentait pas l'administration parce qu'il a détourné ses pouvoirs du but voulu par la loi, « il importe peu que pour abriter un excès de pouvoir il l'ait revêtu d'une forme administrative ». Le préfet, alors, prit un arrêté de conflit, et le 5 mai 1877, le Tribunal des conflits le confirma.

M. Laferrière développa longuement sa théorie, qui fut admise : l'annulation par le Conseil d'Etat d'un acte de l'administration ne lui fait pas perdre le caractère administratif (1) ; l'annulation a des effets sur la validité de l'acte, non sur sa nature. Néanmoins, si un agent de l'administration faisait un acte, non seulement ne rentrant pas dans sa fonction, mais encore n'étant pas du ressort de l'administration, acte qu'aucun admi-

(1) D., 78-3-13.

nistrateur ne pourrait légitimement faire, il ne devrait pas être considéré comme un acte administratif. Cette décision, en effet, serait inexistante en droit, puisqu'elle serait étrangère par son objet même, à l'exercice de la fonction administrative. Les tribunaux judiciaires auraient alors le droit d'en constater la nullité (1).

Cette théorie est excellente, elle respecte la séparation des pouvoirs, ne lèse pas les intérêts des particuliers, et est conforme aux traditions du droit administratif. Nous nous y rallions donc complètement (2).

Mais si un particulier est lésé par un acte administratif, ne pourra-t-il voir réparer le dommage qui lui a été causé ? Nous verrons plus loin qu'il y a, à défaut de la responsabilité de l'agent, dans certains cas, la responsabilité de l'Etat qui intervient pour réparer la lésion des intérêts particuliers, produite par un acte administratif (3).

Nous avons, jusqu'ici, considéré l'acte administratif au point de vue de son caractère interne.

---

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. I[er], p. 430.

(2) Cette théorie, outre MM. Brémond, Laferrière et le Tribunal des Conflits, a été admise par beaucoup d'auteurs. Voir Aucoc, *Conférences sur le droit administratif*, t. I[er], p 758; — Ducrocq, *Cours de droit administratif*, t. I[er], p. 648; — Blanche, note sous arrêt du tribunal des Conflits, D. 76-1-291. — *Contrà*, voir H. Guérin, *Responsabilité civile des fonctionnaires*, p. 128 et s., 140 et s.

(3) Voir *infrà*.

Nous avons vu que la garantie réelle qui existe toujours n'ayant pas été abolie par le décret-loi de 1870, est en faveur de l'acte lui-même : les tribunaux judiciaires ne peuvent apprécier l'acte administratif, même illégal, car son illégalité n'a pas fait disparaître son caractère administratif.

Mais la garantie personnelle a cessé de vivre : nous avons dit que l'on peut poursuivre le fonctionnaire devant les tribunaux judiciaires sans autorisation préalable. Dans quel cas devra-t-il être déclaré responsable ? L'acte fait par un agent de l'Etat peut être vicié par le dol ou l'erreur de son auteur. Il peut être entaché par une certaine faute. Quelle sera la faute qui engagera la responsabilité civile du fonctionnaire ?

On conçoit très bien que les administrateurs ne soient pas tenus de réparer tous les dommages nés de toutes leurs fautes ou de toutes leurs erreurs, même les plus minimes ; on conçoit très bien que l'administration prenne à sa charge un certain nombre de ces cas. Après bien des tâtonnements, on en est arrivé à cette règle : le fonctionnaire est responsable de sa faute personnelle, non de sa faute fonctionnelle. On dit encore : le fait personnel engage la responsabilité de l'agent, non le fait administratif.

Nous allons donc voir la distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle.

B. — *Distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle*

Cette distinction est délicate, un peu subtile, compliquée par des théories diverses et opposées. On est même allé jusqu'à dire qu'elle ne repose sur rien de précis, et que le fait de savoir si un acte donné est un acte personnel ou un acte de la fonction, sera toujours livré à l'arbitraire des juges (1). On a dit encore que cette distinction « échappe aux définitions théoriques, elle se comprend mieux qu'elle ne s'explique » (2). A quoi on pourrait seulement répondre par le vers de Boileau : « Ce que l'on conçoit bien... » M. Lacoin, dans un rapport à la Société générale des prisons, va plus loin encore : « Cette distinction savante et un peu arbitraire peut-être, est maintenue au prix de subtilités byzantines et ne va pas sans de nombreuses contradictions. Je pourrais vous en citer de tout à fait surprenantes, si l'on pouvait être surpris qu'à force de distinguer et de sous-distinguer on amène ceux qui ne sont pas des techniciens à ne plus rien voir de clair, alors que les spécialistes distinguent encore et se disputent sur leurs distinctions. » (3)

---

(1) Sant'Andréa, *La faute de service*, p. 56.

(2) Becquet, *Répertoire*, v° Fonctionnaire public, n° 273.

(3) Lacoin, Rapport à la Société générale des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 400.

D'autres auteurs ne croient pas à la possibilité et même à la nécessité de la distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle, parce qu'il n'y a pas de fautes personnelles, toutes les fautes sont fonctionnelles (1) ! On voit les résultats extraordinaires de cette théorie : les fonctionnaires seraient entièrement irresponsables de leurs fautes. Ils ne répondraient que de leurs crimes ou délits.

Finalement, on est obligé de reconnaître avec M. Berthélemy que « la distinction entre la faute personnelle et la faute de service est malheureusement assez confuse et que le critérium qui permet de reconnaître l'une de l'autre est peu précis » (2).

Pourtant, il faut bien que cette distinction réponde à une impérieuse nécessité, puisque nous la voyons exister à toutes les époques, si haut que l'on remonte dans l'histoire du droit.

En l'an 527, Urbis conditæ, le tribun Scantinius Capitolinus fut accusé d'avoir commis un attentat à la pudeur. Il tenta de se couvrir de son irresponsabilité de fonctionnaire pour échapper au jugement ! « Me cogi non posse, disait-il, ut adesset, quia sacrosanctam potestatem habeo. » Il demandait, en conséquence, aux autres tribuns de le protéger, au nom de l'inviolabilité attachée à leurs

---

(1) Sourdat, *Traité de la Responsabilité*, n° 1356.

(2) Berthélemy, *Traité élémentaire de droit administratif*, p. 66.

fonctions. Ceux-ci se refusèrent à intervenir « quominus pudicitiæ questio perageretur » (1). Evidemment, il s'agissait ici d'une responsabilité pénale, non civile, comme dans le cas suivant, mais le fait est intéressant à noter. En l'an 599, Urbis conditæ, un autre tribun, Lucien Cotta, était criblé de dettes et il fit valoir qu'on ne pouvait pas l'obliger à les payer, puisqu'on ne pouvait pas le poursuivre à cause de son caractère inviolable. Mais ses collègues, craignant que le discrédit naissant d'une telle fin de non-recevoir rejaillisse sur eux, le menacèrent de se joindre à ses créanciers s'il ne payait pas dans le plus bref délai ou s'il ne donnait pas caution, l'inviolabilité attachée aux fonctions ne devant pas servir à couvrir la mauvaise foi de l'homme privé (2).

Peut-être faut-il voir là, comme l'ont dit certains auteurs (3), l'origine de la distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle ; mais, pour nous, nous croyons qu'on serait plus près de la vérité en disant que les Romains distinguaient le fait de la fonction et le fait étranger à la fonction.

Les diverses doctrines sur la distinction à établir entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle peuvent, en somme, se ramener à trois,

---

(1) Valère Maxime, VI, 1-7.

(2) Valère Maxime, VI, 5-4.

(3) Voir A. Guérin, *De la responsabilité des magistrats en droit romain*, p. 55.

toutes trois soutenues par des maîtres du droit administratif. L'une, la plus simple, est celle soutenue par MM. Hauriou (1), Jèze (2), Perreau (3) ; elle met à la charge du fonctionnaire sa faute lourde, tandis que les fautes légères sont à la charge de l'administration. La distinction est ici basée sur la *gravité* de la faute. Mais il sera souvent difficile d'établir une ligne de démarcation nette entre la faute lourde et la faute légère ; ce sera là d'ordinaire une question de fait, à trancher par le juge. Ce n'est peut-être pas une raison pour abandonner la théorie, car il en résultera une plus grande souplesse qui permettra aux tribunaux de tenir compte de tous les détails pour juger sainement (4).

Une seconde théorie, celle de MM. Laferrière, Michoud, Becquet, Berthélemy, se trouve en pratique toute proche de la précédente. Elle est basée sur la distinction entre *l'homme et ses pas-*

---

(1) Toutefois, depuis quelques années, M. Hauriou semble avoir abandonné sa théorie pour admettre celle de M Laferrière. Voir note sous conflits, S. 1905-3-17. Voir aussi « *Principes de droit public* », p. 658.

(2) Voir la consultation de M. Jèze dans l'affaire Desreumaux contre les sieurs de Lartigue et Lambin, p. 18 et s.

(3) *De la responsabilité des fonctionnaires administratifs*, p. 54.

(4) M. Hauriou lui-même reconnaît que la définition de la faute lourde « est impossible » ; c'est affaire en chaque cas au sentiment du juge ». Note sous Conflits, 26 juin 1897, S., 98-3-51.

sions, et le *fonctionnaire et ses erreurs.* L'acte laisse-t-il voir l'homme avec ses passions ou ses faiblesses ? l'auteur sera responsable. Au contraire, l'acte ne révèle-t-il qu'un agent fautif, sujet à erreur ? l'auteur sera irresponsable. Cette théorie, dérivée de la première, en est peut-être un perfectionnement : elle est claire à l'esprit, mais en pratique la faute commise par suite d'une passion de l'homme ou d'une de ses faiblesses se confondra souvent avec la faute lourde.

Une troisième théorie enfin est celle de M. Duguit. Elle est basée sur *l'idée de but* : le fonctionnaire, en agissant, a-t-il poursuivi le but en vue duquel avait été créée la fonction? Dans ce cas, il sera irresponsable. A-t-il, au contraire, poursuivi un but autre ? Sa responsabilité sera alors engagée. Cette théorie, d'allure plus juridique que la première, fait, croyons-nous, une part trop grande à l'intention : un ingénieur de l'Etat construit un pont ; par suite d'une erreur grave de sa part le pont est mal bâti et il croule occasionnant un accident. L'ingénieur sera responsable. Pourtant, on ne pourra pas dire qu'il n'a pas agi dans le but de sa fonction : il voulait construire solidement le pont. En somme, d'après M. Duguit, le fonctionnaire ne serait responsable qu'en cas de détournement de pouvoirs. La jurisprudence et la doctrine sont plus sévères.

a) *La distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle basée sur la gravité de la faute.*

Cette théorie part de ce principe, que la faute lourde doit rester à la charge du fonctionnaire, tandis que la responsabilité née d'une faute légère d'un agent doit retomber sur l'administration. Celle-ci, quand elle choisit ses fonctionnaires, ne peut trouver des hommes infaillibles ; fatalement, de petites erreurs, des fautes minimes seront commises par eux. Ces fautes seront même nombreuses, elles sont inhérentes à la nature humaine, elles feront corps avec l'acte, elles ne pourront en être détachées. Elles ne vicieront pas gravement l'acte administratif : ce sera tout simplement un acte administratif imparfait ; il est normal et juste que l'administration assume la charge pouvant naître de ces actes imparfaits accomplis à son service, leur auteur est facilement excusable.

Mais quand l'agent aura commis, dans l'exercice de ses fonctions, un crime, un dol ou une erreur injustifiable, une faute lourde, l'administration ne pourra plus s'en charger, c'est évident. La faute sera ici essentiellement séparable de l'acte administratif, son auteur seul devra en être responsable (1).

---

(1) Chante-Grellet, conclusions devant le tribunal des Conflits, affaire Bouhier, 19 nov. 1881, S., 82-3-49 ; — Marguerie, conclusions devant le Conseil d'Etat, affaire Anaclet, 8 août 1884, 86-4-32.

C'est ce que dit M. Hauriou : « Toute faute commise par le fonctionnaire dans l'accomplissement de l'acte n'est pas considérée comme séparable de l'acte et, par conséquent, n'entraîne pas la responsabilité personnelle. Il convient de distinguer la faute lourde et la faute légère. La faute lourde est déclarée séparable ou détachable de l'acte administratif et, par conséquent, peut entraîner la condamnation du fonctionnaire par le tribunal judiciaire. La faute légère n'est pas détachable de l'acte, elle ne constitue qu'un fait de service qui demeure administratif, qu'il n'appartient pas au tribunal judiciaire de connaître, parce que, en somme, ce qui doit être soustrait à son appréciation, ce n'est pas l'acte administratif parfait, idéal, pur de tout mélange ; c'est l'acte administratif réel, imparfait, comme il l'est toujours, mêlé de quelque négligence ou de quelque erreur. » (1)

Et dans son *Précis de droit administratif,* M. Hauriou, en étudiant la question, nous dit que, « pratiquement, le fait personnel du fonctionnaire ne commence qu'à la faute lourde, celle qui confine au dol... L'administration couvre ses fonctionnaires quand ils ne commettent que des fautes légères, dites fautes de service » (2).

---

(1) Hauriou, note sous Tribunal des Conflits, 9 décembre 1899, S., 1900-3-89. — Voir aussi note du même auteur, sous Conflits, 26 juin 1897, S., 98-3-49.

(2) Hauriou, *Précis*, p. 375. — Voir aussi Fuzier-Herman, *Répertoire*, v° Fonctionnaire public ; — Gilbert-Massonié,

Cette théorie a le mérite d'être claire et simple. En effet, le mécanisme social est humain, par conséquent imparfait ; des fautes seront commises ; les unes, légères, sont courantes, inévitables, inhérentes à la nature humaine elle-même ; qui devra en être responsable ? C'est la collectivité, la société, finalement l'administration. Si une faute, au contraire, sort de la moyenne des fautes, si elle est d'une exceptionnelle gravité, n'est-il pas juste, au contraire, que ce soit le fonctionnaire qui en réponde ?

Nous verrons bientôt que ce dernier argument a été repris par d'autres auteurs.

b) *La distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle, basée sur la distinction entre l'homme avec ses passions et le fonctionnaire avec ses erreurs.*

Cette théorie a l'avantage d'être claire, l'esprit la conçoit bien, ainsi que le dit son auteur, M. Laferrière. Il l'exposait, le 5 mai 1877, devant le Tribunal des conflits dans les conclusions données au sujet de l'affaire Laumonnier-Carriol : « Si l'acte dommageable est impersonnel, s'il révèle

---

De la compétence des tribunaux judiciaires à l'égard des fonctionnaires de l'ordre administratif, *Revue générale du Droit*, 1902, p. 31. — Voir aussi la note de M. Jèze dans la traduction française de l'ouvrage de M. Dicey, *Introduction à l'étude du droit constitutionnel*, p. 300.

un administrateur, un mandataire de l'Etat plus ou moins sujet à erreur, et non l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences, l'acte reste administratif et ne peut être déféré aux tribunaux ; si, au contraire, la personnalité de l'agent se révèle par des fautes de droit commun, par une voie de fait, un dol, alors la faute est imputable au fonctionnaire, non à la fonction ; l'acte perd son caractère administratif et ne fait plus obstacle à la compétence judiciaire. » (1)

Ici, on fait une distinction : il y a dans l'agent de l'Etat deux personnes : le fonctionnaire et le simple particulier. L'un, pas plus que l'autre, n'est parfait. Mais si le fonctionnaire, agissant dans l'exercice de sa fonction, commet une faute, imprudence ou erreur, l'administration prend à sa charge la responsabilité qui peut en découler, parce que ce vice de l'acte est inhérent à l'organisation même des services publics. Mais si, à côté de l'acte du fonctionnaire, on voit l'acte de l'homme, l'administration ne doit pas se charger de la responsabilité qui peut découler de ce dernier. En effet, l'acte de l'homme est essentiellement séparable de l'acte administratif, les tribunaux judiciaires peuvent le disjoindre et le juger sans, pour cela, avoir à connaître d'un acte de l'administration. La faute fonctionnelle, au contraire, est trop

---

(1) D., 73-3-13 ; — S., 78-2-94. — Voir aussi *Traité de la juridiction administrative*, t. I^er^, p. 594.

intimément liée à l'acte pour qu'on puisse l'en séparer. L'Etat en prendra la charge exclusive.

Cette théorie a été adoptée par beaucoup d'auteurs (1) et par la jurisprudence. On lui a pourtant reproché « de n'être pas basée sur un principe juridique directeur, mais sur une vague idée d'équité et de justice » (2). Nous trouvons ce reproche injustifié ; en effet, la distinction entre l'homme et le fonctionnaire est plus et mieux qu'une vague idée d'équité et de justice. C'est un principe solide que l'on peut mettre à la base de la doctrine et de la jurisprudence.

Aussi, le Tribunal des conflits a-t-il adopté cette distinction, à la suite de l'affaire Laumonnier-Carriol. Bien souvent, il est vrai, il a accepté cette théorie, d'une façon purement tacite. Ainsi, le 31 juillet 1886, au cours d'un arrêt dans l'affaire Coley contre Tresca, il admet que la faute pour être personnelle doit « se détacher nettement de l'exercice des fonctions » (3). C'est, en somme, la théorie de M. Laferrière.

La Cour de Dijon, le 10 août 1893, a fort bien

---

(1) Voir entre autres Sant-André, *La faute de service*, p. 11 ; — Becquet, *Répertoire*, v° Fonctionnaire public, n° 271 ; — Chabert Ortland, *Les voies de fait* ; ce dernier, sans nettement conclure, paraît pourtant adopter la théorie de M. Laferrière.

(2) Michoud, De la responsabilité de l'Etat à raison des fautes de ses agents, *Revue de droit public*, 1895, t. III, p. 405 et suiv.

(3) S., 88-3-30.

paraphrasé la doctrine qui nous occupe : il s'agissait d'un maire, M. Marcout, qui avait refusé au sieur Royer un certificat de vendange. Celui-ci poursuit le maire, qui déclare avoir agi dans l'exercice de ses fonctions. Il est jugé en sens opposé : « Attendu que l'action dirigée par Royer contre Marcout ne s'adresse nullement à l'acte administratif légalement accompli par lui, mais à sa personne, en raison de ses agissements abusifs à l'occasion des demandes réitérées de certificat de vendanges formées par Royer pour obtenir la réduction de la taxe des sucres accordée par la loi du 24 juillet 1884 ; attendu que Marcout n'a pas commis l'acte qui lui est reproché par imprudence, excès de zèle ou ignorance de la loi, mais, tout au contraire, *par pure vexation ;* attendu, en conséquence, que cet acte n'est imputable qu'à lui-même et nullement à sa fonction de maire. » (1) Et la Cour de cassation apporta encore des arguments à la même théorie au sujet de cette même affaire, en disant que le « fait imputé à Marcout constituait une faute personnelle, distincte de l'acte administratif, quoique commise à l'occasion dudit acte ». La Cour de cassation s'appuie sur ce fait que « Marcout, après avoir d'abord refusé le certificat demandé, en déclarant *qu'il était en mauvais termes avec Royer,* avait

(1) S., 94-2-268. D'après le critérium que nous avons admis, le sieur Marcout serait responsable parce qu'il a commis une faute lourde.

ensuite délivré sans vérification sincère un certificat réduisant arbitrairement la quantité de vendange indiquée par Royer ; qu'enfin, Marcout avait aggravé cette faute initiale, notamment en faisant faire une vérification par des experts qui étaient notoirement les ennemis personnels de Royer, et en refusant de faire constater, malgré la sommation de Royer, la quantité de vendange qui se trouvait dans la cave de ce dernier ; attendu que la faute ainsi constatée et caractérisée était distincte de l'acte administratif qui en avait été l'occasion... » Cet arrêt est formel ; c'est celui, croyons-nous, où l'on retrouve le mieux dans toute sa pureté la doctrine de M. Laferrière (1).

Cette théorie nous semble directement dérivée

(1 Voir aussi Conflits, 8 novembre 1902, affaire Grosson, Lebon, 1902, p. 645 ; — Conflits, 4 décembre 1897, affaire Lalande, Lebon, 1897, p. 759 ; — Conflits, 15 mai 1908, affaire Gérome, Lebon, 1908, p. 501 (il s'agissait d'un receveur des postes, accusant sans preuves un employé d'avoir soustrait un registre de mandats) ; — Conflits, 24 décembre 1904, affaire Monlaur, Lebon, 1904, p. 889 ; — Conflits, 20 janvier 1900, affaire Uhel, Lebon, 1900, p. 51 (un maire avait grossièrement empêché un de ses administrés de consulter le plan cadastral) ; — Conflits, 19 mars 1904, affaire Maudière, Lebon, 1904, p. 252 (démolition illégale d'une maison sous prétexte qu'elle menaçait ruine) Toutes ces causes laissent transparaître dans l'acte du fonctionnaire ses passions ou ses faiblesses. Les jugements le reconnaissent tous plus ou moins clairement.

de la théorie précédente. En effet, les fautes qui révèlent « l'homme avec ses faiblesses, ses passions, ses imprudences », sont justement les fautes lourdes, impardonnables. Au contraire, les fautes que l'on pourrait appeler « impersonnelles, celles qui révèlent seulement « un administrateur plus ou moins sujet à erreur » sont les fautes légères, courantes, que peuvent commettre tous les administrateurs.

En somme, ces deux théories sont extrêmement proches l'une de l'autre, quant à leur mise en pratique tout au moins. Nous avons dit que la jurisprudence a admis la seconde, mais dans toutes les espèces jugées, les jugements auraient été rendus dans le même sens, si la première théorie avait été adoptée. Néanmoins, le critérium de M. Laferrière est commode, et aidera considérablement les magistrats dans leur tâche quand ils devront déclarer une faute personnelle ou fonctionnelle. C'est ce critérium que nous croyons devoir adopter (1).

---

(1) Pour la rapidité du style et étant donné que, pratiquement, les deux théories de MM. Laferrière et Hauriou sont très près l'une de l'autre, nous prendrons parfois, au cours de cette étude, les mots « faute lourde » dans le sens de « faute occasionnée par les passions personnelles ou l'impéritie de l'agent. »

c) *La distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle, basée sur l'idée de but.*

Cette doctrine, celle de M. Duguit, a des bases certainement très juridiques et à première vue elle satisfait l'esprit ; le critérium ici est facile à appliquer. Mais les tendances de cette doctrine sont fort dures, à notre avis, pour le particulier. En effet, elle tend à rendre les fonctionnaires responsables dans le seul cas où ils ont eu une intention mauvaise.

M. Laferrière nous dit que, quand le fonctionnaire agira seulement comme tel, ce sera l'administration qui sera responsable. Mais si l'acte laisse voir l'homme et ses passions, la responsabilité passera sur la tête de l'agent. Mais ce critérium, dit-on, a lui-même besoin d'un autre critérium. Il ne sera pas toujours commode de voir si l'individu a agi avec ou sans passions personnelles. Bien souvent il sera difficile de distinguer si l'acte mauvais commis par le fonctionnaire a pour cause une faute professionnelle grave ou une passion appartenant à l'individu revêtu de la fonction.

D'après M. Duguit, il faut voir le but poursuivi (1) : « Si le fonctionnaire a agi dans l'esprit

(1) Voir Duguit, *Manuel*, p. 457 et suiv. ; *L'Etat*, t. II, p. 634 et suiv. ; — E Bernard, *La responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs dans leurs rapports avec les particuliers*, p. 45 et suiv.

de sa fonction, c'est-à-dire en poursuivant effectivement le but qu'avait l'Etat en établissant cette fonction, il ne peut être responsable, ni vis-à-vis de l'Etat, ni vis-à-vis des particuliers, alors même qu'il ait commis une faute... Mais au contraire, si le fonctionnaire, en faisant un acte de sa fonction, a commis une faute qui implique de sa part l'intention de poursuivre un but autre que celui qu'avait en vue l'Etat en établissant la fonction considérée, alors il est responsable vis-à-vis des particuliers lésés. » (1)

En somme, ici, c'est l'intention qui engendre la responsabilité ; le fonctionnaire avait-il l'intention de remplir sa fonction ? La faute commise par lui sera réputée fonctionnelle, faute de service, et la réparation en sera à la charge de l'Etat. Le fonctionnaire, au contraire, avait-il une intention autre que le bien de son service ? Il devra réparer lui-même le dommage éventuellement causé par son acte.

Ce critérium est relativement simple. On peut néanmoins lui objecter qu'il ne sera pas toujours

---

(1) Duguit, *Manuel*, p. 459. Voir aussi, du même auteur, *L'Etat*, t II, p. 638. M. Naquet semble partager l'avis de M. Duguit. Il dit, en effet : « Ce n'est pas l'importance de la faute commise qui caractérise le fait personnel. C'est uniquement le motif qui l'a engendrée. Ce motif est-il professionnel, l'acte est administratif. Est-il extrinsèque à la fonction, l'acte devient personnel, encore qu'il rentre dans la compétence de son auteur » (Note sous Cassation, 10 janvier 1900, S., 1900-1-273.)

commode de connaître l'intention du fonctionnaire. Souvent on ne connaîtra pas facilement le but qu'il avait en vue.

Dans tous les cas, la théorie de M. Duguit n'est pas empirique, et elle peut s'établir scientifiquement. En effet, la question se pose ainsi : Un fonctionnaire fait un acte, dans l'exercice de sa fonction, pour le compte de l'Etat. Cet acte, par suite d'une faute de l'agent, lèse des intérêts privés. Qui est responsable de cette lésion, le fonctionnaire ou l'Etat ?

Il est nécessaire, pour établir cette théorie, de revenir sur le fondement de la responsabilité civile.

Nous citons la formule même de M. Duguit : « Lorsqu'un acte, accompli en vue du but auquel est affecté un certain patrimoine, produit une diminution de valeur dans un autre patrimoine, l'équilibre doit être rétabli ; le patrimoine affecté au but en vue duquel l'acte était accompli, doit supporter une diminution équivalente à celle que l'acte a occasionnée à l'autre patrimoine, et celui-ci doit recevoir le montant de cette diminution. » (1)

Si nous appliquons cette formule au cas spécial de l'acte fait par un fonctionnaire, nous résolvons du même coup le problème de leur responsabilité. Il suffit de remarquer que l'agent de l'Etat peut, quand il agit dans l'exercice de ses fonctions,

---

(1) Duguit, *L'État*, t. II, p. 636.

poursuivre le but étatique vers lequel tend sa fonction, ou poursuivre un but personnel. Or, trois patrimoines sont ici en présence : celui de l'Etat, celui du fonctionnaire, et celui du particulier. Si donc le patrimoine du particulier subit une diminution de valeur par le fait d'un fonctionnaire, il faudra voir quel était le patrimoine affecté au but qu'a poursuivi l'agent ; en d'autres termes, et c'est à cette formule que nous voulions en venir, le fonctionnaire sera personnellement responsable s'il a poursuivi un but personnel (et d'une façon plus large, un but autre que celui en vue duquel étaient organisées ses fonctions). Au contraire, la responsabilité retombera sur l'Etat, si le but poursuivi par l'agent a été le but étatique, le but de ses fonctions.

Pour entrer dans les détails, nous ferons avec M. Duguit (1) une distinction : la position de la question diffère selon qu'on envisage le cas d'un acte juridique, simple déclaration de volonté du fonctionnaire ou d'un acte matériel fait par lui.

Soit d'abord le cas d'une simple déclaration de volonté. Si elle émane d'un fonctionnaire ayant pouvoir de la faire, et qui la fait en respectant les formes obligatoires ; en d'autres termes, si cette déclaration de volonté ne viole ni les lois de compétence, ni les lois de fond, ni les lois de forme, il

(1) Voir Duguit, *L'État*, t. II, p. 640, *in-fine*. — Cf. Hauriou, *Note sous conflits*, S. 98-3-49. — Voir aussi Emilien Bernard, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 45 et s.

est bien évident que la responsabilité de l'auteur de l'acte ne peut être engagée. Ce point est hors de doute. Seule, la responsabilité de l'Etat pourra être engagée dans certains cas.

Si, au contraire, la déclaration de volonté de l'agent viole une loi de compétence ou de forme, qu'arrivera-t-il ? Il faut penser que l'agent *veut* pour l'Etat, personne morale, incapable d'une volition. La violation d'une loi intéressant directement sa fonction constitue pour le fonctionnaire une faute. Mais le degré de gravité de cette faute importera peu. Nous n'aurons pas à considérer les cas de culpa levis et de culpa lata ; ce degré de gravité n'aura pas à être apprécié in concreto ou in abstracto. Toutes ces complications ne seront pas de mise ici. On appliquera la formule : quel était le but que poursuivait le fonctionnaire en prenant la décision qu'il a prise et en lésant des intérêts particuliers ? Etait-ce le but en vue duquel était organisée la fonction ? Dans ce cas, il sera irresponsable. C'est ainsi qu'il a été jugé dans l'affaire Colas, par la Cour de Bourges : un maire adresse à un préfet un rapport officiel, pour demander la révocation d'un employé de l'octroi ; ce rapport contient l'énoncé des faits *vrais,* mais pouvant être réputés diffamatoires. Le maire n'est pas responsable, parce que, en agissant, il avait en vue la bonne marche du service municipal de l'octroi (1).

---

(1) Bourges, 10 février 1879. D. 79-2-164.

Mais si le but que poursuivait le fonctionnaire était un but autre que celui de sa fonction il y aurait alors faute personnelle, et il serait responsable. Ainsi, reprenons notre exemple déjà cité en le modifiant légèrement : le maire aurait adressé au préfet son rapport pour demander la révocation d'un agent, par pur motif d'animosité personnelle et basé sur des faits faux ou rapportés de mauvaise foi ; il serait alors civilement responsable parce qu'il aurait poursuivi un but autre que celui de sa fonction, il aurait poursuivi la satisfaction d'une rancune personnelle (1).

Si maintenant nous envisageons le cas d'un acte matériel n'ayant aucun caractère juridique, la difficulté est un peu différente. Tout à l'heure, nous nous trouvions en face d'une volition, or, le fonctionnaire *veut* pour l'Etat ; son acte de volonté, même entaché d'un vice, d'une faute personnelle, peut néanmoins subsister, être valable, produire des effets. En sens contraire, son acte peut être annulé quoique non vicié par une faute personnelle. Il n'y a aucun rapport entre la validité de l'acte et l'absence de faute personnelle.

---

(1) Même arrêt. — Il est bon de remarquer que cet arrêt qui peut servir d'argument à M. Duguit ne vaut rien contre la théorie que nous avons adoptée de la faute lourde. En effet, dans le premier cas, le maire qui rapporte des faits vrais mais diffamatoires commet une faute administrative légère ; il est juste qu'il ne soit pas responsable. Dans le second cas, le maire qui rapporte des faits faux, le sachant, commet une faute personnelle lourde ; il doit en répondre.

En cas d'acte matériel, l'acte une fois fait n'est plus susceptible d'annulation ; s'il est mauvais, il ne peut que faire naître l'obligation de payer des dommages-intérêts par son auteur. Continuons à appliquer la formule de M. Duguit. Si le fonctionnaire a fait son acte, de bonne foi, croyant remplir ses fonctions, et dans le but de les remplir, il sera irresponsable. C'est ainsi que le Tribunal des Conflits a admis l'existence d'une faute administrative et non pas d'une faute personnelle dans les faits suivants : Le 11 août 1904, un facteur télégraphiste, le sieur R... était chargé de remettre à la dame Sureau, approvisionneur aux Halles, 219, rue Saint-Martin, une dépêche lui annonçant une expédition de fruits. Le facteur, par suite d'une erreur, au lieu de se présenter au 219, va au 229, et rapporte au bureau le télégramme avec la mention « inconnue au 219 ». Ce ne fut que le lendemain que l'erreur fut réparée. Mais il était trop tard, les fruits dont on annonçait l'expédition étaient avariés. La dame Sureau assigna alors en 500 francs de dommages-intérêts le sous-secrétaire d'Etat aux postes et télégraphes, et le facteur, le sieur R... Le 24 novembre 1905, le tribunal de la Seine rendit un jugement par lequel il se déclarait incompétent en ce qui concerne le sous-secrétaire d'Etat, mais retenait l'affaire en ce qui touche le facteur. Le tribunal estimait que la faute à lui reprochée se détachait de l'exercice de ses fonctions. Mais le préfet a élevé le conflit. Le Tribunal des Conflits lui a donné raison en déclarant que

l'acte relevé contre le facteur constituait un fait de service, et non une faute personnelle (1).

C'était, selon nous, comme selon M. Duguit, fort bien jugé ; le facteur n'était pas sorti de l'esprit de sa fonction en portant la dépêche, dit M. Duguit. Nous disons, nous : la simple erreur de numéro ne laisse pas voir les passions personnelles de l'agent.

Voici un autre exemple : Un maire fait afficher, en temps voulu, comme la loi l'exige, le tableau des additions et des radiations des électeurs sur les listes électorales de la commune. Un électeur se trouve rayé illégalement. Il poursuit le maire ; celui-ci a été déclaré irresponsable par une jurisprudence constante (2).

Mais si le fonctionnaire, dit toujours M. Duguit, quand il a fait l'acte matériel incriminé, a poursuivi un but autre que celui de sa fonction, il y a alors faute personnelle, il est responsable. Ainsi, un maire fait afficher, en dehors de toute période électorale, un extrait du casier judiciaire d'un électeur, pour justifier sa radiation de la liste électorale ; il est civilement responsable, parce que il poursuivait un but autre que le but administratif (3).

---

(1) *Le Temps*, 27 février 1906.

(2) Cass. 20 février 1896, S. 96-1-473. — Trib. des confl., 26 juin 1897, S. 99-3-69. — Trib. des confl., 4 décembre 1897, S. 99-3-95. — Cass., 10 mars 1903, S. 03-1 455.

(3) Cass., 20 décembre 1906, S. 07-1-157. — A notre avis, c'était encore une faute lourde.

Nous pouvons citer un autre exemple non moins typique : un citoyen français, M. Rouzier, résidant à Haïti, voulut se remarier avec sa femme dont il était divorcé. La loi française n'interdit pas aux conjoints divorcés de s'unir à nouveau. L'article 295 du Code civil ne prohibe le mariage entre époux divorcés qu'après un second divorce Mais M. Rouzier ayant, paraît-il, publié dans des journaux haïtiens des articles critiquant la loi du divorce à Haïti, le ministre français, M. C... lui tint rigueur de cette publication. Estimant que la célébration de son union étant « un acte de discourtoisie internationale », il lui refusa ses bons offices, et M. Rouzier dut venir se marier en France. Il assigna M. C... en 50.000 francs de dommages-intérêts. Mais le préfet de la Seine opposa un déclinatoire d'incompétence (1).

L'affaire en est là. A notre avis, le tribunal civil est compétent, car M. C... a commis une faute personnelle, une faute lourde, née de son impéritie, non pas une faute administrative. M. Duguit dirait qu'il est allé directement contre le but de sa fonction en refusant de marier M. Rouzier.

On pourrait citer une infinité d'arrêts auxquels nous pourrions appliquer à la fois la formule que nous avons adoptée et celle de M. Duguit. La jurisprudence qui a adopté depuis 1877 la distinction entre la faute personnelle (et dans ce cas, compé-

(1) *Le Temps*, 1er mai 1909.

tence des tribunaux judiciaires et responsabilité civile du fonctionnaire), et la faute fonctionnelle (et dans ce cas, incompétence des tribunaux judiciaires et irresponsabilité des fonctionnaires), cette jurisprudence n'a jamais admis, expressément, le critérium tiré *du but*. Mais nous croyons avoir montré combien en pratique les trois critères proposés sont rapprochés l'un de l'autre.

§ III — Le fait pour un fonctionnaire d'avoir obéi a un ordre régulier donne-t-il a l'acte le caractère administratif ?

Il arrivera fréquemment qu'un fonctionnaire poursuivi par un particulier, à raison d'actes de sa fonction, se prévaudra des ordres qu'il a reçus de ses supérieurs pour tenter d'échapper à toute responsabilité. Il est évident, en effet, que si un agent de l'Etat est tenu d'obéir aux ordres qu'on lui donne, il ne peut pas être responsable de l'acte qu'il accomplit par obéissance. Et peut-il examiner la légalité et la validité des ordres reçus ? Cet examen préalable n'est-il pas la ruine de toute hiérarchie, de toute discipline ? Si le fonctionnaire inférieur est déchargé de toute responsabilité, s'il a obéi à son supérieur, celui-ci devra être responsable à sa place, mais n'y a-t-il pas lieu de craindre qu'il soit souvent invulnérable par suite de sa situation élevée ? On voit par ces quelques questions la difficulté et la gravité de ce problème.

Plusieurs théories se partagent les auteurs de droit public : examinons leur côté pratique avant de voir leurs bases juridiques :

1° Les uns (1) déclarent que l'ordre du supérieur décharge l'inférieur de toute responsabilité. L'inférieur doit obéir passivement « perinde ac cadaver » sans pouvoir envisager la légalité de l'ordre, à la condition évidemment que cet ordre soit régulier en la forme (2). C'est le seul moyen d'assurer la bonne marche des divers services administratifs. Certains auteurs vont même plus loin et n'admettent pas que le fonctionnaire puisse examiner l'ordre, encore moins le discuter « même si l'ordre lui paraît illégal » (3).

Cette obéissance passive est *peut-être* un bon moyen d'administration. Mais c'est *certainement* un facteur de tyrannie administrative, de centralisation et de concentration despotique (4).

---

(1) Lacanal, *De la responsabilité des fonctionnaires publics envers les particuliers* (*Revue générale d'administration*, 1884, p 32). — Jos. Willems, *Essai sur la responsabilité édictée par les articles* 1382 1386 *du Code civil* (*Revue générale du droit*, 1895). — Bluntschli, *Théorie générale de l'État*, p. 478.

(2) La Constitution de Hanovre spécifie que « un ordre valable en la forme décharge l'inférieur de sa responsabilité ; le supérieur en est seul responsable pénalement et civilement ». (Constitution de 1833, §161.)

(3) Lacanal, *loc. cit.*

(4) Bien entendu, nous faisons ici abstraction des fonctionnaires de l'ordre militaire. Pour eux, en effet, l'ordre du supérieur couvre complètement l'inférieur. Le simple

Nous sommes donc opposés à ce système qui d'ailleurs, croyons-nous, ne peut pas être édifié sur une base juridique. On a pourtant essayé de le faire. On a dit que l'ordre du supérieur constituait pour le subordonné « une véritable contrainte morale » (1).

L'inférieur n'est « qu'un pur instrument », sa volonté n'est pas en jeu, partant sa responsabilité, en vertu du principe qu'il n'y a pas responsabilité là où il n'y a pas liberté. L'ordre du supérieur constitue « un impératif catégorique » qui fait naître à la charge de l'inférieur une obligation objective. De là à conclure que l'inférieur est contraint par une force à laquelle il n'a pu résister, il n'y a qu'un pas, et ce pas a été franchi. Dès lors, l'article 64 du Code pénal est applicable, qui décharge de toute responsabilité l'individu ayant agi sous l'empire de la contrainte.

Cette théorie a été adoptée par le Code pénal

---

bon sens le dit. On apprend aux soldats que « la discipline faisant la force principale des armées, il importe que tout supérieur obtienne de ses subordonnés une obéissance entière et de tous les instants ». (Règlement sur le service intérieur). On leur répète à satiété qu'ils doivent obéir « sans hésitation ni murmure », la discipline doit être parfaite sur toute l'échelle des grades. Dès lors, il est impossible qu'un inférieur examine la valabilité de l'ordre reçu. Il sera toujours couvert.

Ce que nous disons dans ce paragraphe ne s'applique donc qu'aux fonctionnaires autres que ceux de l'ordre militaire.

(1) Willems, *loc. cit.*

Belge (1), après le plus vieux droit Romain qui, se basant sur la même idée, disait : « Liber homo, si jussu alterius manu injuriam dedit, actio legis Aquiliæ cum eo est qui jussit, si modo jus imperandit habuit. » (2)

Cette théorie de l'irresponsabilité du fonctionnaire qui a reçu l'ordre d'agir, a été adaptée au droit français par la jurisprudence de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat, de 1866 à 1872. La Cour de cassation, le 3 avril 1866, dans l'affaire Sens contre Pinard, admit que le fait pour l'agent du Gouvernement d'avoir agi par ordre de ses chefs, suffit pour donner à sa faute le caractère administratif, par conséquent à faire déclarer son irresponsabilité (3). Le Conseil d'Etat, le 3 novembre 1868, applique cette théorie dans une demande d'autorisation de poursuivre un préfet, demande présentée par le sieur Barbet de Bignicourt. Le préfet ayant agi sur l'ordre du ministre, l'autorisation fut refusée (4).

Quand le Tribunal des Conflits fut réorganisé, il fit cesser cette jurisprudence, à bon droit, croyons-nous. En effet, nous ne croyons pas que l'ordre du supérieur hiérarchique suffise pour at-

---

(1) Article 260 du Code pénal belge.

(2) L., 27. Dig. ad leg. Aquil.

(3) S., 66-1-277.

(4) S., 69-2-312. Voir aussi Conseil d'Etat, 20 janvier 1866, 31 mars 1866, 19 mai 1866 (Lebon, 1866, p. 1372, 1373, 1374.)

tribuer à l'acte un caractère administratif : soutiendrait-on qu'un agent faisant, dans l'exercice de ses fonctions, un acte mauvais, qu'il sait être mauvais, sera irresponsable parce que cet acte lui aura été commandé par son supérieur hiérarchique ?

La simple équité s'y opposerait ; l'ordre du supérieur ne peut pas, nécessairement supprimer l'existence de la faute personnelle. Que parfois, le commandement d'un chef de service ait de l'influence sur la nature de l'acte, cela est possible, car le subordonné se fiera souvent à son chef. S'il avait commis l'acte « proprio motu » on aurait pu admettre qu'il commettait une faute lourde. Le faisant d'après l'ordre exprès de son supérieur, la faute sera d'une gravité moindre.

Nous ne croyons pas davantage que l'on puisse assimiler l'ordre reçu à « une force à laquelle on ne peut résister ». Le commandement du supérieur laisse subsister chez le subordonné la conscience dans toute son étendue. Le fonctionnaire ne peut pas être assimilé à une simple machine à agir. Il peut et doit même penser. Il n'a pas abdiqué sa volonté en acceptant ses fonctions. De plus, les peines disciplinaires qu'il encourt en refusant l'obéissance ne sont pas tellement graves que l'on puisse estimer qu'elles affectent sa volonté au point de le rendre complètement irresponsable. D'autant plus que, bien souvent, l'agent n'aura pas à refuser l'obéissance, et qu'il lui suffira de faire remarquer à son chef l'illégalité de la mesure ordonnée, pour la faire rapporter.

2° Une autre théorie a pris le contre-pied de celle-ci et soutient que le fonctionnaire ne doit jamais être couvert par l'ordre de son supérieur (1). Il devrait toujours, avant d'exécuter l'ordre, s'assurer de sa légalité et de sa valabilité. S'il accomplit, même par ordre, un acte mauvais, tant pis, il est responsable personnellement et solidairement avec le supérieur qui a donné l'ordre. Cette théorie n'est pas issue des doctrines françaises, c'est une théorie anglaise et américaine, qui ne concorde guère avec nos idées courantes sur la responsabilité civile des fonctionnaires.

De plus, l'application de cette théorie a le gros inconvénient de mettre constamment le fonctionnaire en présence de cette douloureuse alternative : ne pas obéir à un ordre illégal ou se retirer. On voit quelle serait cette incertitude de tous les instants pour les agents de l'Etat ; d'un côté, une responsabilité très lourde ; d'un autre côté, s'ils veulent lui échapper, l'obligation de démissionner. Dans ces conditions, le recrutement des fonctionnaires serait souvent difficile ; pour ce motif, d'ordre essentiellement pratique, nous ne pouvons admettre cette théorie. De plus, admettre que l'ordre n'a aucun effet sur le fonctionnaire et n'atténue pas sa responsabilité, nous semble aussi exagéré

---

(1) Touzet, Des rapports hiérarchiques des agents de l'administration, p. 36 ; — Goodnow, *Principes du droit public américain*, p. 460.

que de croire qu'il lui enlève toute liberté et qu'il le couvre entièrement.

3° Il nous faut donc évoluer entre ces deux idées extrêmes ; l'ordre couvre entièrement le fonctionnaire — l'ordre laisse subsister toute sa responsabilité — pour trouver la vérité.

Examinons d'abord les textes que nous trouvons dans le droit positif français : nous ne trouvons que les articles 114, 184 et 190 du Code pénal. L'article 114 prévoit : « Lorsqu'un fonctionnaire public, un agent ou un préposé du gouvernement aura *ordonné* ou fait quelque acte arbitraire et attentatoire soit à la liberté individuelle, soit aux droits civiques d'un ou de plusieurs citoyens, soit à la Charte, il sera condamné à la peine de la dégradation civique. Si, néanmoins, il justifie qu'il a agi par ordre de ses supérieurs pour des objets du ressort de ceux-ci, sur lesquels il leur était dû obéissance hiérarchique, il sera exempt de la peine, laquelle, dans ce cas, sera appliquée seulement aux supérieurs qui auront donné l'ordre. »

L'article 184 applique cette dernière disposition au cas où un fonctionnaire aura, par ordre, violé le domicile d'un particulier. Et l'article 190 l'applique au cas des abus d'autorité contre la chose publique.

Ce sont là des cas spéciaux, limitativement prévus par la loi. On ne peut étendre à d'autres hypothèses ce qui a été prévu pour des fautes spécialement énumérées. La loi française n'a donc

pas envisagé et résolu le problème d'une façon générale.

Il faut observer que l'article 114 du Code pénal ne prévoit pas l'irresponsabilité du fonctionnaire qui a obtempéré à l'ordre de son supérieur. Il est coupable, mais absous ; l'ordre du supérieur hiérarchique constitue, au profit du subordonné, une excuse absolutoire, et non une cause exclusive de culpabilité.

Pour que les intérêts des particuliers ne soient pas lésés, il faut que le fonctionnaire supérieur qui commande ou le fonctionnaire inférieur qui obéit soit déclaré responsable. D'après l'article 114, pour qu'il y ait lieu à prononcer l'absolution de l'agent inférieur, trois conditions sont nécessaires : il faut « qu'il ait agi par ordre de ses supérieurs — pour des objets du ressort de ceux-ci — sur lesquel il leur était dû obéissance hiérarchique. » La rédaction manque de clarté, car elle ne spécifie pas les cas où l'obéissance hiérarchique était due, et c'est justement ce qui nous importe. Nous dirons qu'il faut quatre conditions pour que le fonctionnaire soit couvert : 1° qu'il y ait ordre du supérieur ; 2° que celui-ci ait compétence pour donner l'ordre ; 3° que l'ordre soit régulier en la forme ; 4° que l'inférieur soit compétent pour l'exécuter. C'est en somme la théorie du Code pénal, présentée sous une forme un peu différente.

Cette théorie, qui est celle que les articles 114, 184 et 190 appliquent à des cas spéciaux, nous

croyons, avec les publicistes allemands (1) et bien d'autres auteurs (2) qu'on doit la généraliser et l'étendre à tous les cas ; le fonctionnaire doit être couvert, après avoir exigé toutes les preuves de valabilité, un ordre écrit par exemple.

Ce sera là une garantie administrative qui assurera aux fonctionnaires l'irresponsabilité par suite des actes accomplis par eux en obéissance aux ordres reçus (3).

Quelques auteurs ont restreint cette garantie à certains fonctionnaires, en s'appuyant sur la distinction entre les agents de gestion et les agents d'autorité. M. Perreau, entre autres, faisant cette distinction, nous dit : « Il en est d'abord (des fonctionnaires) qui représentent l'Etat, qui sont dépositaires d'une partie plus ou moins étendue du pouvoir exécutif, de l'autorité, de la puissance publique, qui ont le droit de faire immédiatement exécuter leurs ordres, *manu militari*... Leurs supérieurs ont bien le droit de leur donner des or-

---

(1) Laband, *Droit public de l'empire allemand*, t. II, p. 151 ; — Freund, *Archiv. für Offentliches Recht*, t. Ier, p. 20.

(2) Entre autres, M. Molinier, Mémoire sur l'abrogation de l'article 75 (Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1870, p. 387) ; — Chabert-Ortland, *Voies de fait en droit administratif*, p. 160.

(3) Cette garantie existait sous l'empire de l'article 75, car le Conseil d'Etat refusait toujours l'autorisation de poursuivre un fonctionnaire quand il avait agi par ordre.

(4) Voir Duguit, *L'État*, II, p. 625.

dres, mais ils jouissent d'une grande liberté pour les exécuter, et pour cette raison, l'ordre du supérieur ne saurait conférer forcément et en toute hypothèse à leurs actes le caractère administratif. D'ailleurs, c'est surtout en ce qui les concerne que la théorie de l'obéissance passive pourrait avoir les conséquences les plus dangereuses, et partant les moins admissibles, puisqu'ils disposent de la force publique. » Les agents de gestion, au contraire, « n'agissent pas de leur propre initiative, mais seulement sur l'ordre de l'une des autorités précédentes, et ils sont tenus de leur obéir sans pouvoir prendre aucune décision autre que celle qui leur est imposée. Les actes de ces fonctionnaires deviennent forcément administratifs sur l'ordre de leurs supérieurs. » (1).

Cette théorie est aussi celle que le Tribunal des conflits a adoptée et a fait adopter à la Cour de cassation : Ni l'une ni l'autre de ces juridictions n'a jamais exposé complètement cette doctrine dans l'un de ses arrêts, mais elle a été constamment mise en pratique. C'est ainsi qu'a été déclaré fait administratif, le fait pour le directeur d'une maison centrale, d'exécuter la révocation d'un commis aux écritures, ainsi que l'avait ordonné un arrêté ministériel, alors même que l'expulsion au-

---

(1) Note sous Cassation, Sirey, 96-1-473. — Voir le *Répertoire* de M. Fuzier-Herman, v° Fonctionnaire public. — Voir aussi Nézard, *Nature juridique de la fonction publique*, p. 728 et s.

rait eu lieu avant le délai imparti par la loi (1). De même, a été déclaré acte administratif, le fait pour un conducteur des Ponts-et-Chaussées, de prendre des engagements devant le jury d'expropriation sur les ordres de ses supérieurs, alors que l'inexécution de ces engagements est la cause d'un dommage (2). De même, l'acte d'un receveur des postes qui a livré des colis sur la réquisition d'un préfet, alors que la saisie était illégale (3), a été jugé être un acte administratif parce que le receveur des postes, comme le directeur de maison centrale, comme le conducteur des Ponts et Chaussées, étaient des fonctionnaires de gestion.

Dans le cas de fonctionnaires d'autorité, on a estimé, au contraire, que le fait accompli sur l'ordre du supérieur pourrait néanmoins constituer une faute personnelle. Citons les cas suivants : une saisie illégale opérée par un préfet sur l'ordre du ministre de l'intérieur, a été déclarée faute personnelle (4). De même, le fait pour un préfet de faire arracher les affiches électorales d'un candidat, alors même qu'il a reçu l'ordre d'accomplir cet acte (5). De même, le fait d'un caïd qui expulse un indigène de sa tribu, alors qu'il en a reçu l'ordre de l'administrateur de la

---

(1) Conflits, 1er juin 1889, S. 91-3-73 ; D. 90-3-49.
(2) Conflits, 7 juillet 1883, S. 85-3-42.
(3) Conflits, 25 mars 1889 ; S. 91-3-32.
(4) Conflits, 7 juillet 1883, S. 85-3-42.
(5) Conflits, 15 février 1890, D. 92-3-71.

colonie (1). Dans ces trois cas, l'auteur de la faute étant fonctionnaire d'autorité, on en a conclu que son acte restait personnel.

Nous ne pouvons accepter cette restriction à la garantie qui naît pour les fonctionnaires de ce qu'ils ont reçu l'ordre d'agir. Pour nous, nous croyons que les fonctionnaires d'autorité doivent être déclarés irresponsables au même titre que les agents de gestion s'ils ont agi selon les ordres de leurs supérieurs hiérarchiques ; un préfet reçoit un ordre du ministre ; cet ordre est illégal, le préfet peut-il refuser l'obéissance ? Tout ce qu'il peut faire, pratiquement, c'est de faire observer au ministre que son ordre est entaché d'un vice. Si le ministre retire son ordre, il n'y a pas de difficulté ; mais si le ministre persiste, le préfet sera obligé d'obéir, sinon sa résistance serait aussitôt brisée par la révocation ; le premier devoir d'un préfet, c'est d'obéir.

Prenons un autre exemple : un préfet donne l'ordre à un agent de police de lacérer les affiches électorales d'un candidat de l'opposition. Peut-on raisonnablement soutenir que l'agent de police devra respectueusement faire observer au préfet que cet ordre est illégal, parce que ces affiches ne sont pas attentatoires à l'ordre moral ?

Finalement, nous concluons que l'ordre réitéré ou simplement formel, absolu, couvre entièrement

---

(1) Conflits, 11 juillet 1891, D. 92-3-125.

le fonctionnaire. Et que, dans tous les cas, le fait pour un fonctionnaire d'avoir agi par obéissance à un ordre reçu, diminuera la gravité de la faute. Les juges diront si elle est tellement amoindrie qu'elle a perdu le caractère de faute lourde pour avoir celui de faute légère, et ainsi rendre son auteur irresponsable.

CHAPITRE IV

PROJETS DE LOIS POSTÉRIEURS A 1870 (1)

§ I. — Projet Versigny

Le 22 février 1878, une proposition de loi était déposée sur le bureau de la Chambre, par M. Versigny et vingt-deux de ses collègues, ayant trait à la responsabilité civile des fonctionnaires de tout ordre (2). Cette proposition était ainsi conçue :

« Article premier. — Lorsque dans les cas prévus par l'article 1382 du Code civil, le préjudice résulte d'un acte administratif, le tribunal examinera s'il y a eu abus de pouvoir ou faute, et en cas d'affirmative, condamnera le fonctionnaire à le réparer. Si toutefois l'autorité administrative revendique la responsabilité de l'acte, la répara-

---

(1) Voir Perreau, *Responsabilité des fonctionnaires*, p. 162 et Depaule, *Histoire de la responsabilité des fonctionnaires*, p. 209.

(2) *Officiel*, 1er mars 1878, p. 2215.

tion du préjudice pourra être prononcée par le tribunal contre l'Etat.

» Article 2. — Les articles 510, 511, 512, 513, 514, 515 et 516 du Code de procédure civile, et les articles 6, 7 et 8 de la loi du 18 Germinal an X sont abrogés. »

Cette proposition était faite dans un esprit très large, pour garantir les intérêts des citoyens. D'après l'auteur du projet, l'article 1 n'était « qu'une extension logique... de l'article 1382 du Code civil ». Cet article 1 risquait d'être écrasant pour le fonctionnaire, si l'on ne considère que son premier alinéa. Mais la fin de l'article permet à l'administration de revendiquer la responsabilité de l'acte et de couvrir ainsi ses agents.

Quant au second article du projet, il abroge tout d'abord toutes les entraves mises à la prise à partie : autorisation préalable, condamnation à l'amende en cas de refus de l'autorisation ou de perte du procès, condamnation possible à des dommages-intérêts. Dans l'exposé des motifs, l'auteur du projet proteste bien vivement contre « les privilèges des magistrats ».

Etaient aussi abrogés les articles 6, 7 et 8 de la loi du 18 Germinal an X, déférant au Conseil d'Etat la connaissance des abus ecclésiastiques. « En soumettant les ministres du culte catholique aux conséquences de l'article 1382 du Code civil, on ne fait que leur appliquer un principe de moralité évangélique, qu'ils ont eux-mêmes charge d'enseigner ».

Quand vint la discussion (1), M. Lorois fit remarquer que le projet « faisait passer complètement l'administration aux mains des tribunaux » qui, connaissant des fautes des fonctionnaires, connaîtraient fatalement de leurs actes. Dans sa réponse, M. Versigny fit du projet de loi un projet politique, en rappelant l'affaire du Bulletin des Communes : 363 députés de l'opposition diffamés par cet organe administratif ! Dès lors, on admit bien que la proposition soit prise en considération, mais elle ne fut jamais étudiée.

§ II. — Projet Bozerian et Hérold

Le 26 mai 1879, MM. Bozerian et Hérold saisirent le Sénat d'une proposition de loi ainsi conçue : « L'article 1er du décret du 19 septembre 1870 est complété comme il suit : Lorsque les tribunaux seront saisis d'actions dirigées contre des fonctionnaires, à raison d'actes illégaux ou arbitraires, accomplis par eux dans l'exercice ou à l'occasion de leurs fonctions, si le caractère administratif de ces actes est allégué, les parties seront renvoyées à se pourvoir, au préalable, devant le Conseil d'Etat. La section du contentieux de ce conseil appréciera le caractère de ces actes. Lorsque ces actes auront été reconnus constituer des actes administratifs et auront été déclarés illé-

(1) *Officiel*, 24 janvier 1874, p. 505.

gaux ou arbitraires, l'action reprendra son cours, conformément aux règles du droit commun » (1).

Ce projet était certes inspiré par d'excellentes intentions, mais de bonnes intentions ne suffisent pas pour rédiger un texte législatif. En pratique, le résultat qu'on aurait obtenu par l'application d'un pareil texte, aurait été un retour en arrière. En effet, l'autorisation préalable du Conseil d'Etat était en somme rétablie. Voici comment : Un particulier aurait poursuivi un fonctionnaire, celui-ci ou l'administration aurait allégué le caractère administratif de l'acte ; les parties auraient été renvoyées devant le Conseil d'Etat, qui aurait apprécié. Cette appréciation n'aurait été autre chose qu'une autorisation déguisée. Il aurait suffi au Conseil d'Etat d'admettre la légalité de l'acte. Dans tous les cas, même en admettant que le Conseil d'Etat n'éprouve jamais le besoin de couvrir à tort les fonctionnaires administratifs, il faut bien reconnaître que le projet Bozerian et Hérold était mal rédigé ; il parle des actes « illégaux ou arbitraires »... Il est facile de donner la définition d'un acte illégal, mais il est plus difficile de définir un acte arbitraire. Ce mot aurait été certainement la source de bien des difficultés.

Pourtant, M. Cherpin, dans le rapport qu'il fit au nom de la commission chargée d'examiner le projet, se montra très chaud partisan de la rédac-

---

(1) *Officiel*, 10 octobre 1879, p. 9555.

tion de MM. Bozerian et Hérold, tout en souhaitant qu'on complète le projet par des dispositions relatives à la prise à partie.

Ce projet demeura, lui aussi, à l'état de projet ; il ne fut jamais voté.

§ III. — Projet Saint-Martin

A peine le projet Bozerian et Hérold était-il déposé au Sénat, que M. Saint-Martin déposait une autre proposition sur le même sujet, à la Chambre (1) (14 juin 1879). Comme les deux précédents, ce projet était dicté par l'affaire du Bulletin des Communes. L'auteur du projet s'était visiblement inspiré de ceux déposés déjà par M. Versigny, puis par MM. Bozerian et Hérold.

Les tribunaux judiciaires sont compétents en principe, « et ne peuvent être dessaisis » quand il s'agit « d'action en réparation du dommage causé à un particulier par les actes illégaux ou arbitraires » accomplis par un fonctionnaire dans l'exercice ou à l'occasion de ses fonctions.

Toutefois, les fonctionnaires administratifs ne sont pas responsables « lorsque l'acte a été accompli par eux dans la limite des attributions dont ils sont investis par la loi, et qu'il dérive d'une erreur excusable d'administration ». A ce point de vue, le projet ne faisait que faire passer la distinction

---

(1) *Officiel*, 9 juillet 1879, p. 6395.

entre le fait personnel et le fait fonctionnel de la jurisprudence dans la législation. Il n'innovait pas et ne faisait qu'écrire dans la loi un principe déjà admis par les tribunaux. Si un fonctionnaire est poursuivi par un particulier, il peut soulever la question préjudicielle de savoir si son acte est ou non administratif. Dans ce cas, le tribunal civil devra se dessaisir, et l'affaire ira devant le Conseil d'Etat qui dira le caractère de l'acte. Toutefois, le fonctionnaire ne pourra élever cette question si « le dommage a pour cause une infraction à la loi pénale, une usurpation de pouvoir, ou toute autre cause de droit commun ».

Cette rédaction, on est obligé de le reconnaître, était vague et quelque peu dangereuse. Que le fonctionnaire ne puisse se prévaloir du caractère administratif de son acte quand il constitue une infraction à la foi pénale, soit ; jusqu'ici c'est clair. Mais dans le cas d'usurpation de pouvoir ou de toute autre cause de droit commun ! Nous trouvons que cette fin d'alinéa manque de clarté, de précision ; le tribunal civil sera forcément juge de savoir si l'acte constitue une usurpation de pouvoir ou si le fait reproché au fonctionnaire relève du droit commun ou du droit administratif. Trancher cette difficulté sera souvent porter atteinte au principe de la séparation des pouvoirs.

L'article 3 du projet rendait les ministres des cultes responsables de leurs actes devant les tribunaux judiciaires, soit que les actes reprochés

aient été commis dans l'exercice de leurs fonctions, soit qu'ils aient été commis en dehors.

L'article spécifiait que le fait de poursuivre un fonctionnaire pour un de ses actes, n'empêchait pas de réclamer et de se pourvoir devant l'autorité supérieure compétente par voie gracieuse ou contentieuse.

En ce qui concerne les poursuites contre les magistrats de l'ordre judiciaire, l'article 5 permettait aux particuliers d'intenter une action contre eux pour les délits emportant une peine correctionnelle, à la condition de se porter parties civiles ; sauf pourtant en ce qui concerne les magistrats des cours supérieures, à qui l'article 479 du Code d'instruction criminelle continuait à être applicable. Enfin, en son dernier article, le projet Saint-Martin supprimait toute entrave à la prise à partie.

Le 21 mars 1889, MM. Cunéo d'Ornano, Laroche-Joubert, Arnous, de Champvallier, Boreau-Lajanadie et Gellibert des Séguins, députés, déposèrent sur le bureau de la Chambre une proposition de loi identique au projet Versigny. Mais cette tentative de réforme n'eut pas de suites (1).

---

(1) *Journal Officiel*, 1889, annexe n° 3633, p. 723.

TROISIÈME PARTIE

EXCEPTIONS AU PRINCIPE GÉNÉRAL DE LA RESPONSABILITÉ CIVILE DES FONCTIONNAIRES

CHAPITRE PREMIER

RESPONSABILITÉ CIVILE DES FONCTIONNAIRES DE L'ORDRE JUDICIAIRE

Les magistrats de l'ordre judiciaire doivent certainement être comptés parmi les fonctionnaires chez qui la mauvaise foi et l'impéritie présentent le plus de dangers pour les particuliers. Ils sont chargés en effet « de dire le droit », de faire régner la justice et d'appliquer à tout instant le principe « à chacun son dû ». On voit aisément jusqu'à quel point les intérêts des justiciables peuvent avoir à souffrir, si les juges se laissent influencer dans leurs sentences par des motifs d'ordre personnel, s'ils écoutent une voix autre que celle de leur conscience ; il importe donc de garantir les individus contre le mauvais fonctionnement du service de la justice.

Mais la responsabilité des magistrats n'est pas

et ne doit pas être la même que celle des fonctionnaires administratifs. Tout d'abord, certains auteurs déclarent que les magistrats doivent être couverts par une irresponsabilité nécessaire pour soutenir le dogme de leur infaillibilité ; l'autorité judiciaire a besoin du respect des individus, ce respect n'exsterait plus si on laissait les magistrats soumis aux mêmes responsabilités que les autres fonctionnaires. Nous ne croyons pas à la solidité de cet argument ; la nécessité de ce respect dû à l'autorité judiciaire, n'est-elle pas un peu exagérée ? Et le magistrat verrait-il son prestige diminué parce qu'il serait responsable ? Nous ne le croyons pas. Le juge sera toujours respecté quand on saura qu'il n'écoute que sa conscience, sans souci des attaques auxquelles il pourrait être exposé de la part de plaideurs mécontents.

Mais nous croyons que le besoin pour les particuliers d'une protection contre les fraudes des magistrats est moins urgent que contre les fautes des fonctionnaires administratifs. En effet, le particulier est assuré de la bonne marche de la justice, d'abord par des garanties de recrutement ; les magistrats sont maintenant nommés au concours. Ils sont inamovibles, et par conséquent sont soustraits à l'influence gouvernementale. Il n'y a rien de tel chez les fonctionnaires administratifs qui sont nommables et révocables selon le bon plaisir des gouvernants.

Les particuliers doivent encore trouver une autre garantie dans l'organisation de la procédure :

pluralité des juges (en principe, du moins), publicité des débats judiciaires, contradiction, possibilité d'user de recours (appel, cassation). Il n'y a toujours rien de pareil pour les rapports entre particuliers et fonctionnaires administratifs ; ces derniers ont une liberté d'action que n'ont pas les fonctionnaires judiciaires. L'usage qu'ils peuvent faire de cette liberté peut donc constituer pour les particuliers un danger qu'ils ne connaîtront pas de la part des magistrats.

Il faut songer, de plus, que l'on a beaucoup plus de rapports avec l'administration qu'avec la justice ; un citoyen peut vivre toute sans vie sans jamais avoir à paraître devant un tribunal, à quelque titre que ce soit, tandis que les rapports que l'on a avec l'administration sont des rapports de tous les jours.

La justice n'agit pas *proprio motu* (à part les cas de poursuites criminelles ou correctionnelles), il faut s'adresser à elle pour la trouver, tandis que l'administration prend une décision sans même prévenir.

Ce sont là de graves motifs de différence entre la responsabilité qui doit peser sur les magistrats et celle qui doit peser sur les fonctionnaires administratifs.

Si un particulier estime que son droit n'a pas été respecté dans un jugement, plusieurs moyens sont à sa disposition pour obtenir réparation. S'il estime que la sentence mauvaise a été rendue sans que rien puisse être imputé à crime à un magis-

trat, il pourra faire appel ou aller en cassation, et nous n'avons pas à nous occuper de ces moyens de faire proclamer le droit, car ils ne mettent aucune responsabilité à la charge des magistrats.

Mais si le plaideur estime avoir à se plaindre du magistrat lui-même, il a à sa disposition deux actions : l'une est une action criminelle, c'est la procédure de la forfaiture ; l'autre est civile, et c'est la prise à partie.

Nous ne parlerons pas de la forfaiture qui n'entre pas directement dans notre sujet. Nous devons dire, néanmoins, que la responsabilité extrêmement lourde à première vue, qui pèse sur le fonctionnaire convaincu de forfaiture (le Code pénal punit en principe la forfaiture de la dégradation civique), cette responsabilité est loin d'être écrasante, surtout en ce qui concerne les magistrats de l'ordre judiciaire. « *Aucune* poursuite criminelle n'a jamais été exercée contre nos magistrats » (1). Cela tient à la difficulté de la poursuite. En effet, il faut pour ouvrir la procédure de la forfaiture, qu'il y ait *crime* prévu par la loi. Dès lors, il est nécessaire d'établir l'intention frauduleuse du magistrat délinquant. Ce sera d'ordinaire très difficile, souvent même impossible. De plus, en élevant la forfaiture au rang des crimes, le législateur a laissé le particulier exposé à subir les faits

(1) De la Responsabilité des magistrats, rapport par M. Morizeau-Thibault à l'Académie des sciences morales et politiques, Compte-rendu, 1905, t. I[er], p. 561.

courants de la pratique contre lesquels il importait surtout de le protéger : « La forfaiture est une belle enseigne, qui dissimule, sous des apparences terribles, le néant de la responsabilité des magistrats. C'est une admirable sauvegarde derrière laquelle aurait pu croître à loisir l'arbitraire de nos juges, s'ils n'avaient été contenus par la dignité de leur caractère et la conscience de leur mission » (1). Ces paroles de M. Morizeau-Thibault, dépeignent très exactement la forfaiture. Tout le monde reconnaît que les peines édictées sont tellement sévères qu'elles rendent cette responsabilité inapplicable et inappliquée. Les articles 114 et suivants du Code pénal qui traitent de la forfaiture « sont de simples numéros dans notre Code... et c'est tout. » (2)

A côté de cette responsabilité criminelle, inexistante en fait, y a-t-il une responsabilité civile qui soit pratique et facilement mise en jeu ? L'article 505 du Code de procédure civile nous répond : il y a la prise à partie.

Mais on ne peut laisser les juges exposés à toutes les poursuites que des plaideurs mécontents voudraient leur intenter. L'exercice de leurs fonctions serait rendu impossible s'ils se savaient être en

---

(1) *Ibid.*, p. 562.

(2) Paul Jolly, au cours de la discussion faisant suite au rapport de M. Lacoin, devant la Société générale des prisons, sur la responsabilité des magistrats, séance du 25 avril 1906 (*Revue pénitentiaire*, 1906, p. 684.)

butte à toutes les attaques des justiciables ; la justice à qui l'on reproche déjà d'avoir une marche des plus lentes, avancerait avec plus d'hésitations et de tâtonnements encore si elle craignait de trébucher à chaque pas contre l'obstacle que serait pour elle une responsabilité civile pleine et entière à la charge du juge. Il importait donc de garantir les magistrats contre les poursuites téméraires des plaideurs.

Nous verrons plus loin comment on les a garantis. Voyons, tout d'abord, quels sont les juges que l'on peut prendre à partie.

§ I. — Quels sont les magistrats que l'on peut prendre a partie ?

Les textes ne contiennent pas d'énumération à ce sujet. L'article 505 du Code de procédure se contente de dire : « Les juges peuvent être pris à partie... ». C'est donc d'une façon très générale que les fonctionnaires chargés de rendre la justice peuvent être poursuivis. C'est très compréhensible, d'ailleurs, car s'il y a plusieurs juridictions, il n'y a qu'une justice ; le devoir social qui incombe aux magistrats judiciaires reste le même quelle que soit la juridiction à laquelle ils appartiennent. Depuis le plus modeste juge de paix jusqu'au président de la Cour de cassation, tous doivent suivre les ordres de leur conscience et la faute est la même pour tous s'ils défaillent à ce devoir.

De la généralité du terme qu'emploie l'article

505, nous devons conclure que tous les magistrats judiciaires peuvent être pris à partie. Mais l'article 509 qui spécifie devant quelles juridictions devront être poursuivis les juges, ne cite que les juges de paix, les juges des tribunaux de commerce et de première instance, les conseillers des cours d'appel et des cours d'assises. Faut-il s'appuyer sur cet article pour restreindre la portée de l'article 505 ? Non, La prise à partie s'adresse d'une façon générale à tous les juges quels qu'ils soient, pourvu qu'ils se rattachent au pouvoir *judiciaire*. Les juges des juridictions spéciales ne sont pas susceptibles d'être pris à partie : ainsi les juges militaires et les juges administratifs.

a) Les membres du ministère public près les cours et tribunaux peuvent, d'après nous, être poursuivis par le moyen de la prise à partie. C'est d'ailleurs la théorie qui a été admise d'une façon constante par la jurisprudence (1). On s'appuie tout d'abord sur un argument de texte que nous ne trouvons pas très solide. L'article 505, dit-on, déclare que « les juges peuvent être pris à partie... », or il faut prendre le mot « juge » dans un sens large, dans le sens où il est pris par le chapitre III du titre IV du livre II du Code d'instruction criminelle. Ce chapitre traite « des crimes com-

(1) Cass. 29 janvier 1813 (*Bulletin de Cass.*, p. 33) ; — Cass. 17 septembre 1825 (*Bull. de Cass.*, p. 509) ; — Caen, 12 juin 1849, D., 50-3-30 ; — Besançon, 23 juin 1873, D., 74-2-145.

mis par les juges hors de leurs fonctions et dans l'exercice de leurs fonctions », et il s'occupe des officiers du ministère public comme des autres magistrats. Mais peut-on s'appuyer seulement sur le titre d'un chapitre, forcément concis, alors que dans le cours de ce chapitre, le mot « juge » n'est pas une seule fois pris dans un sens aussi général ? (1).

Mais il y a un autre argument beaucoup plus solide, tiré d'une considération pratique : Les membres du ministère public sont encore plus exposés que les magistrats ordinaires à des poursuites intentées dans un but de vengeance ; on ne peut les laisser soumis au droit commun, il est donc juste et normal qu'ils jouissent des mêmes garanties que les autres magistrats (2). D'ailleurs, l'opinion des auteurs est aujourd'hui à peu près unanime dans ce sens (3).

b) Les officiers de police judiciaire sont-ils responsables par voie de prise à partie ? Nous avons déjà tranché la question pour ce qui concerne les membres du ministère public. Certains auteurs ont

---

(1) Petel, *De la responsabilité du ministère public*, p. 8.

(2) Dalloz, Supplément au *Répertoire*, v° Prise à partie, n° 26.

(3) Rousseau et Lesnay, *Dictionnaire de procédure civile*, v° Prise à partie, n° 35 ; — Faustin-Hélie, *Instruction criminelle*, t. II, p. 451 ; — *Contrà*, voir Petel, *De la responsabilité du ministère public*, p. 8 et suiv., p. 23 et suiv. D'après cet auteur, le ministère public devrait être poursuivi selon le droit commun.

déclaré, ainsi que certains arrêts de jurisprudence, que « ce serait faire violence au sens naturel du mot que d'attribuer la qualité de magistrat aux gardes forestiers, aux gardes champêtres et même aux maires, toutes les fois qu'ils font des actes de police judiciaire » (1). Cette doctrine n'admet la prise à partie que quand il s'agit d'officiers de police judiciaire « faisant partie des tribunaux » (2). L'avis contraire a prévalu : le mot « juge » employé par l'article 505 doit être compris dans un sens essentiellement générique ; donc, pourront être poursuivis par le moyen de la prise à partie : un maire ou un adjoint usant de ses pouvoirs d'officiers de police judiciaire (3), un garde champêtre (4), un garde particulier (5). Pour les juges d'instruction, cela ne fait aucun doute, car ils sont implicitement nommés par l'article 505 du Code de procédure, puisqu'il admet que certains actes commis « au cours de l'instruction peuvent faire intenter contre leurs auteurs une prise à partie ».

(1) Toulon, 21 janvier 1875, D., 76-3-63.

(2) Conclusions de M. l'avocat-général Reverchon, Cass., 8 février 1876, D., 76-1-291.

(3) Bourges, 2 février 1881, D., 82-2-171 ; — Cassation, 9 janvier 1882, D., 82-1-117 ; — Besançon, 23 juin 1873, D., 74-2-145 ; — Cassation, 14 juin 1876, D., 76-1-301.

(4) Nancy, 25 janvier 1884, D., 85-2-63 ; — Paris, 19 novembre 1863, D., 64-2-7.

(5) Tribunal de paix de Villers-Bocage, 21 juin 1882 (Cité par Dalloz, Supplément au *Répertoire*, t. XIII, p. 663, en note.)

Cette théorie s'appuie sur un argument pratique et un argument de textes : l'argument pratique, c'est qu' « il serait étrange que la loi qui protège les magistrats chargés de mettre en mouvement l'action publique, laissât sans appui leurs auxiliaires plus humbles ». L'argument de textes est tiré de l'article 358, § 4, du Code d'instruction criminelle : cet article prévoit que l'accusé acquitté pourra obtenir des dommages-intérêts de ses dénonciateurs calomnieux « sans, néanmoins, que les membres des autorités constituées puissent être poursuivis à raison des avis qu'ils sont tenus de donner... et sauf contre eux la demande en prise à partie, s'il y a lieu ». Les membres des autorités constituées comprennent, nous semble-t-il, les officiers de police judiciaire.

c) Les membres des conseils de prud'hommes sont garantis eux aussi par la procédure de la prise à partie (1). (Article 33 de la loi du 18 mars 1806.)

d) Il en est de même des membres de la Cour de cassation, les auteurs sont unanimes sur ce point ; toutefois, si jamais le cas se présentait qu'un particulier veuille prendre à partie la Cour de cassation tout entière, il ne le pourrait, parce qu'aucun tribunal n'aurait compétence pour juger dans une telle affaire.

---

(1) Cassation, 19 juin 1847, D. 47-1-214. — Montpellier, 3 avril 1856, D 57-2-3.

e) Les tribunaux consulaires à l'étranger peuvent être pris à partie (1).

Au contraire, les préfets, investis par la loi du droit de faire certains actes à l'effet de constater les crimes, délits et contraventions, et d'en livrer les auteurs à la justice, ne sont pas assimilés pour cela aux fonctionnaires judiciaires ; dès lors, ils ne peuvent être pris à partie (2). De même pour les arbitres volontaires. Au sujet des greffiers, il y a une distinction à faire : les articles 164 et 370 du Code d'instruction criminelle prévoient la possibilité de la prise à partie contre le greffier qui aura négligé de faire signer dans les 24 heures la minute d'un jugement ou d'un arrêt. A part ce cas, la prise à partie ne peut être intentée contre les greffiers, parce que ce ne sont pas des magistrats, mais des officiers ministériels.

Nous avons dit que la procédure de la prise à partie était une garantie pour les juges, voyons comment et par quels principes on est arrivé à l'établir. Cette garantie est double : on a eu recours, à la fois, au système préventif et au système répressif. Nous verrons qu'on est même peut-être allé trop loin.

---

(1) Aix, 11 août 1875, D. 76 2-134.

(2) Cassation, 8 février 1876, D. 76-1-291. — Nancy, 21 décembre 1872, D. 73-2-7.

§ II. — Garantie tirée du système préventif (1)

Cette garantie est double, elle porte à la fois sur la forme de la poursuite : nécessité d'obtenir une autorisation préalable — et sur le fond de la responsabilité : les cas de prise à partie sont limitativement énumérés par la loi.

1° *Nécessité d'obtenir une autorisation préalable.*

L'article 510 du Code de procédure civile pose en principe que : « Aucun juge ne pourra être pris à partie sans permission préalable du tribunal devant lequel la prise à partie sera portée. »

Voici donc quelle sera la situation : si un particulier se croit lésé par l'acte d'un magistrat, il devra, avant de le poursuivre, demander la permission d'intenter une action contre le coupable. Et à qui devra-t-il s'adresser pour obtenir cette autorisation ? Justement au tribunal qui sera appelé, s'il y a lieu, à connaître du procès ! Ne sera-ce pas là, en quelque sorte, un premier jugement qui risque de préjuger du résultat définitif ? Une requête sera présentée au tribunal, « il la rejette

(1) Nous étudierons dans ce paragraphe la garantie préventive *telle qu'elle a été organisée par le Code de procédure civile*. Nous verrons dans un autre paragraphe quels ont été les effets du décret du 19 septembre 1870 à ce sujet.

ra, si, dénuée de vraisemblance, elle ne lui paraît pas avoir d'autres fondements que des passions ou des ressentiments contre la justice plutôt que contre les juges » (1). Ces paroles ont été prononcées par Bigot-Préameneu lors des travaux préparatoires du Code de procédure. Il en résulte que le législateur a voulu que le tribunal avant de juger le magistrat coupable juge tout d'abord la requête elle-même. Nous savons qu'on peut avoir toute confiance dans notre magistrature et qu'aucun tribunal n'acceptera jamais de couvrir un juge s'il a vraiment commis une faute. Mais est-ce là une opinion que l'on puisse faire partager au public ? Nous ne le croyons pas et beaucoup de gens resteront certainement persuadés que l'autorisation préalable sera accordée ou refusée suivant des motifs divers fort éloignés parfois de la justice et de l'équité. Ce préjugé s'explique d'autant mieux qu'un tribunal qui désirerait couvrir le juge poursuivi n'aurait qu'à déclarer que les motifs de la poursuite ne lui paraissent pas sérieux et laissent transparaître l'esprit de chicane.

Cette autorisation préalable semble, de nos jours, abusive. C'est un reste désuet de l'antique conception de la responsabilité civile des fonctionnaires. Certains auteurs ont soutenu que le décret du 19 septembre 1870 avait jeté bas l'article 505 du Code de procédure comme il avait abrogé l'arti-

---

(1) Archives parlementaires, I^re^ série, t. IX, p. 204.

cle 75 de la Constitution de l'an VIII. Nous verrons plus loin ce qu'il faut penser à ce sujet.

L'article 513 consolide encore la garantie préventive : si le tribunal refuse l'autorisation de prendre le juge à partie, le demandeur sera condamné à une amende d'au moins 300 francs, sans préjudice des dommages-intérêts, s'il y a lieu.

2° *Cas limitativement prévus pour lesquels on peut prendre les juges à partie.*

L'article 505 du Code de procédure civile énumère ces cas : « Les juges peuvent être pris à partie dans les cas suivants : 1° s'il y a dol, fraude ou concussion, qu'on prétendrait avoir été commis, soit dans le cours de l'instruction, soit lors des jugements ; 2° si la prise à partie est expressément prononcée par la loi ; 3° si la loi déclare les juges responsables, à peine de dommages-intérêts ; 4° s'il y a déni de justice. »

Ce sont les seuls cas où la prise à partie soit possible. Il est évident que cette énumération est limitative, il n'y a aucun doute à ce sujet et d'ailleurs le fait n'a jamais été contesté : on pourra soutenir peut-être que les cas de prise à partie ne sont pas assez nombreux, qu'on devrait organiser cette procédure sur des bases beaucoup plus larges, mais nous ne parlons pas *de lege ferenda*, nous parlons de la loi existante et, dès lors, on

peut dire avec la doctrine et la jurisprudence, que l'article 505 est limitatif (1).

a) Le dol ou la fraude du juge peut, d'après la loi, donner lieu à prise à partie. Ces deux mots « dol » et « fraude » sont vastes et comprennent tout fait accompli par le juge dans l'intention de nuire. Si donc un magistrat se laisse influencer par ses sentiments, et s'il juge, non pas d'après le droit et l'équité, mais d'après ses préférences personnelles ; si, au lieu d'écouter sa conscience, il écoute sa haine ou son affection pour l'un des justiciables, il pourra être poursuivi par la voie de la prise à partie.

Le droit romain assimilait au dol la faute lourde. Cette idée avait passé en droit français et nous en trouvons des traces nombreuses dans la responsabilité des juges, à travers l'histoire. L'édit de décembre 1540 sur l'administration de la justice en Normandie, admettait la prise à partie des juges pour « erreur évidente en fait ou en droit » (2). Et l'ordonnance de Blois, en 1579, admet aussi comme cause de prise à partie « la faute manifeste » (3). Enfin, plus près de nous, en

---

(1) Cass. 24 mai 1842, D. 42-1-399. — Toulouse, 24 juillet 1884, D. 85-2-250.

(2) Article 2 de l'édit de décembre 1540 cité par Tripier et Monnier, les Codes français ; en note sous article 505 du Code de procédure civile. Voir Isambert, t. XII, p. 607.

(3) Isambert, *Recueil général des anciennes lois françaises*, t. XIV, p. 416.

1806, la Cour de cassation appliquait aux magistrats le vieux principe du droit romain : « Magna negligentia culpa est, magna culpa dolus est. » (1) Elle admettait la possibilité d'intenter la prise à partie pour faute grave. A notre avis, cet arrêt a le très grand tort d'assimiler la prise à partie à une poursuite civile ordinaire. Il ne faut pas perdre de vue en telle circonstance que les juges ont besoin de garanties : il ne serait pas prudent de généraliser outre mesure les cas de prise à partie.

En somme, il faut, avant tout, considérer l'intention dolosive ou frauduleuse du magistrat ; on ne pourra le poursuivre si on a seulement à lui reprocher une faute involontaire, même lourde, car on doit admettre que de telles fautes sont « inséparablement attachées à la condition humaine ; la prise à partie ne saurait être fondée que sur un crime du cœur tel que l'inimitié, la partialité, la faveur, ou sur des bassesses ; et lorsqu'aucune de ces circonstances ne se rencontre, il n'y a point lieu à prise à partie (2).

b) Le magistrat concussionnaire peut aussi être pris à partie. L'article 174 du Code pénal nous donne la définition de la concussion : on commet ce crime « en ordonnant de percevoir ou en exigeant ou en recevant ce que l'on sait n'être pas

---

(1) Cass. 23 juillet 1806, S. an XIII-1808, 1-270.

(2) Denisart, *Collection de décisions de jurisprudence*, v° Prise à partie, n° 3.

dû ou excéder ce qui est dû pour droits, taxes, contributions, deniers ou revenus, ou pour salaires ou traitements. »

Dans l'ancien droit, les juges recevaient de leurs justiciables des « épices », sans que pour cela on puisse intenter contre eux la procédure de prise à partie. Il n'en est plus de même aujourd'hui et un juge qui accepterait d'une partie un présent quelconque pourrait être, le cas échéant, pris à partie par la partie adverse.

L'article 378 du Code de procédure civile compte au nombre des cas de récusation, le fait d'avoir « depuis le commencement du procès, bu ou mangé avec l'une ou l'autre des parties, dans leur maison, ou reçu d'elle des présents ». Ce sont là des cas de suspicion légitime ; si le juge qui se trouve dans un de ces cas ne se récuse pas et n'est pas récusé, il pourra être pris à partie. Mais les mœurs judiciaires de notre époque ne connaissent pas plus Perrin Dandin acceptant « trois lapins de garenne » et « certain quartaut de vin et de très bon muscat » qu'ils ne connaissent Brid'oison jouant ses sentences aux dés.

c) L'article 505 autorise encore la prise à partie, dans les cas où elle est expressément prononcée par la loi. Ces cas ne sont pas nombreux : le Code d'instruction criminelle les contient tous. La prise à partie est autorisée tout d'abord, et s'il y a lieu, contre le juge d'instruction qui négligerait d'interroger les témoins selon les règles posées par la loi ; ainsi, s'il ne leur ordonnait pas de

prêter serment, s'il ne leur demandait pas s'ils sont domestiques, parents ou alliés des parties, ou encore s'il ne signait par les dépositions des témoins (article 77). L'article 112 prévoit la possibilité de prise à partie pour le cas où un juge d'instruction ou un procureur de la République n'observerait pas les formalités prescrites pour les mandats de comparution, de dépôt, d'amener et d'arrêt. L'article 164 et l'article 370 accordent respectivement au juge de paix siégeant comme juge de simple police, et aux membres de la Cour d'assises, un délai de vingt-quatre heures pour signer la minute de leurs jugements. Passé ce délai, ils pourront être pris à partie, s'il y a lieu. Enfin, l'article 271 interdit aux procureurs généraux près la Cour d'appel de porter devant la Cour d'assises aucune autre accusation que celles pour lesquelles l'accusé est poursuivi. Deux sanctions à cette faute : d'abord la nullité d'une telle accusation et ensuite, s'il y a lieu, prise à partie contre le procureur.

Tous les articles que nous venons de citer prévoient la prise à partie, *s'il y a lieu*. Que faut-il entendre par ces mots ? Il faut entendre que la possibilité de prise à partie est soumise à l'existence d'un *préjudice* né de la *faute* du magistrat et atteignant le justiciable. C'est, en somme, une application du grand principe de la responsabilité civile, par lequel on est respectable du dommage occasionné par sa faute.

En somme, même quand la prise à partie est

expressément prononcée par la loi, il faut, pour qu'elle puisse être intentée, deux conditions : 1° faute du magistrat ; 2° préjudice en résultant pour le justiciable. Si donc un magistrat avait été empêché pour cas de force majeure, de remplir une des formalités prévues par les articles 77, 112, 271 ou 370 du Code d'instruction criminelle, ou si aucun dommage n'était né pour le particulier de l'omission de l'une de ces formalités, la prise à partie ne pourrait être intentée contre le juge (1).

d) Si la loi déclare les juges responsables à peine de dommages-intérêts, celui envers qui sont dus les dommages pourra poursuivre les juges par la voie de la prise à partie. La loi reconnaît quelques cas de ce genre. Mais ils ne sont pas réunis sous une même rubrique. Ils sont disséminés un peu partout à travers nos divers Codes.

Le Code de procédure civile, dans son article 15, met des dommages-intérêts envers les parties en cause, à la charge du juge qui, par sa faute, aurait laissé périmer l'instance engagée. L'article 928 du même Code défend d'enlever les scellés apposés après décès dans un délai moindre que trois jours après l'inhumation ou après l'apposition suivant que celle-ci a été faite avant ou après l'inhumation. Et ce même article est sanctionné par « la nullité des procès-verbaux de levée de scellés et inventaire, et par des dommages-intérêts contre ceux qui les auront faits et requis. »

---

(1) Cf. Dalloz, *Répertoire*, v° Prise à partie, n° 22.

L'article 2063 du Code civil rendait aussi le juge civilement responsable s'il prononçait la contrainte par corps en dehors des cas où elle était spécialement prévue. Cet article 2063 a été abrogé par la loi du 27 juillet 1867, mais la contrainte par corps continue d'exister en matière criminelle, correctionnelle et de simple police. Si un juge prononçait la contrainte par corps hors de propos, il serait responsable à peine de dommages-intérêts (1).

Le Code pénal, dans les articles 114 et 117, met des dommages-intérêts à la charge des magistrats qui auront fait des actes attentatoires aux droits civiques d'un citoyen ou à la liberté individuelle ; ainsi, en cas de détention illégale et arbitraire. Et l'article 119 prévoit aussi des dommages-intérêts à la charge des fonctionnaires de police judiciaire, c'est-à-dire : procureur de la République, substitut, juge d'instruction, juge de paix, etc., si ces magistrats ont refusé ou négligé de déférer à une réclamation légale, tendant à constater une détention arbitraire et illégale.

Enfin, l'article 647 du Code de commerce met des dommages-intérêts à la charge des Cours d'appel qui surseoiraient à l'exécution des jugements des tribunaux de commerce.

---

(1) Cet article 2063 a été tiré de l'ordonnance d'avril 1667, titre XXXIV, article 6) et plus spécialement de la loi du 15 germinal an VI, titre I[er], articles 1, 2 et 6. (Voir ces textes sous l'article 2063 C. civ., dans les Codes français, édition Tripier et Monnier.)

Dans tous ces cas divers, l'intention dolosive est présumée, car les juges et les tribunaux qui sont chargés d'appliquer la loi doivent évidemment la connaître. Si, dans des cas graves (et tous les cas prévus ici sont d'une gravité exceptionnelle), les magistrats vont directement à l'encontre de la loi, il est probable qu'ils le font sciemment, et dans une intention mauvaise.

« Tous les textes qui prononcent des dommages-intérêts contre le juge sont de droit strict, ils ne peuvent être étendus d'un cas à un autre. » (1)

e) Enfin, l'article 505 admet comme dernier cas de prise à partie, le cas où il y a déni de justice. Et l'article suivant nous dit ce qu'il faut entendre par là : « Il y a déni de justice, lorsque les juges refusent de répondre les requêtes ou négligent de juger les affaires en état et en tour d'être jugées. » Et cet article est complété par l'article 4 du Code civil. « Le juge qui refusera de juger sous prétexte du silence, de l'obscurité ou d'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice. » D'ailleurs, le juge ne peut se retrancher derrière aucun prétexte pour refuser de juger. Il doit remplir sa fonction, et s'il ne la remplit pas, s'il n'assure pas le service public qu'il s'est engagé à assurer, il commet une faute grave, à la fois vis-à-vis de la collectivité et vis-à-vis des

---

(1) Déroulède, *De la prise à partie*, p. 60. — Voir Cassation, 30 juillet 1850, D. 50-1-318.

particuliers en cause. Il sera responsable vis-à-vis de la collectivité, selon l'article 185 du Code pénal : amende de 200 à 500 francs et interdiction d'exercer des fonctions publiques pendant un délai de cinq à vingt ans. Il sera responsable vis-à-vis des particuliers en cause qui pourront le poursuivre par la voie de la prise à partie.

Les articles 507 et suivants nous indiquent comment il faut agir pour faire constater le déni de justice : deux réquisitions sont nécessaires, faites par voie d'huissier de trois jours en trois jours s'il s'agit d'un juge de paix ou de commerce, de huitaine en huitaine pour les autres juges. Et si le juge reste sourd à ces réquisitions, il peut être pris à partie. Peu importe qu'il s'agisse d'un juge de première instance ou d'un juge d'appel, la loi ne fait pas de distinction.

Le dol, la fraude, la concussion, le déni de justice et autres cas de prise à partie prévus par la loi, sont les fautes les plus graves que peuvent commettre les magistrats. Ce sont donc, au premier chef, des fautes personnelles.

Mais qu'arriverait-il si le juge avait fait une faute involontaire, une faute fonctionnelle ? Serait-il responsable ? Nous pouvons trouver la réponse à ces questions dans la loi du 8 juin 1895, sur la révision des procès criminels et correctionnels, et les indemnités aux victimes d'erreurs judiciaires. Cette loi prévoit l'allocation de dommages-intérêts à un condamné innocent, à raison du préjudice que lui a causé son injuste condam-

nation. Ces dommages-intérêts ne sont pas mis à la charge des magistrats qui ont rendu la sentence revisée ; ils sont à la charge de l'Etat, sauf son recours contre la partie civile, le dénonciateur ou le faux témoin par la faute duquel la condamnation aura été prononcée (1).

Nous retrouvons ici la théorie que nous avons développée dans la seconde partie de cet ouvrage : le fonctionnaire est responsable de sa faute personnelle, l'Etat assume la responsabilité née de la faute fonctionnelle de ses agents ; dans le cas de la prise à partie, il y avait faute personnelle des juges, ils sont tenus de réparer le dommage qui en naît. Mais dans le cas de la révision, il n'en est plus de même. Il n'y a plus ici de faute personnelle ; un innocent a été condamné par suite de la marche mauvaise d'un service public ; il est impossible de s'en prendre à un des juges, ni au tribunal tout entier ; l'erreur provient de la faiblesse et de l'imperfection inhérentes à toute institution humaine (2). Il y a, ainsi que l'a dit M. Bérenger au Sénat, « faute sociale ; l'Etat seul peut en répondre » (3) L'Etat assure les particuliers contre les risques qui naissent pour eux

---

(1) A. Sevestre, *De la revision des procès criminels*, p. 107 et s., 144 et s.

(2) Voir Duguit, *L'État*, t. II., p. 651.

(3) *Journal officiel*, 13 février 1894 : séance du Sénat du 12 février, p. 106 M. Bérenger disait aussi : « La source de l'action est dans l'obligation judiciaire de réparer la faute sociale dont sa prudence eût dû préserver l'État. »

des services publics : « L'erreur judiciaire devient ainsi un risque inhérent à l'exercice même de la fonction judiciaire. » (1) Il s'ensuit très normalement que c'est l'Etat, la collectivité, qui doit assumer la charge née de l'imperfection du service. Tandis que le juge sera responsable par la voie de la prise à partie de sa faute personnelle.

La garantie tirée du système préventif, quoique des plus efficaces pour protéger les magistrats, a encore paru insuffisante au législateur qui a tenu à en organiser une autre basée sur le régime répressif.

§ III. — Garantie tirée du système répressif

L'article 516 prévoit le cas où le demandeur, malgré tous les obstacles qu'il a eu à franchir, a engagé une poursuite judiciaire ! Si le particulier qui a pris à partie un juge est débouté, il subira la même peine qu'il aurait subie si sa requête avait été repoussée, quand il a demandé l'autorisation : il sera condamné à une amende qui ne pourra être inférieure à 300 francs, toujours sans préjudice des dommages-intérêts à payer au juge abusivement pris à partie, s'il y a lieu.

La loi dit : « Une amende qui ne pourra être inférieure à 300 francs. » Faut-il entendre par

---

(1) Sevestre, *Revision des procès criminels*, p. 289.

là que cette somme est fixée comme minimum, mais que le chiffre pourra être plus élevé ? Nous le croyons. On a dit que ce chiffre de 300 francs était à la fois un minimum et un maximum, et que le tribunal ne pourra condamner qu'à cette somme, « car, dans notre droit, il n'y a pas d'amendes arbitraires » (1). Nous ne pouvons partager cet avis. En effet, si cette somme avait été, dans l'esprit du législateur, adéquate à la faute commise, dans tous les cas, par le poursuivant téméraire, il aurait dit : « Si le demandeur est débouté, il sera condamné à une amende de 300 francs. » Or, il dit : « ... à une amende qui ne pourra être moindre de 300 francs » ; donc, a contrario, elle pourra être supérieure.

Mais la loi, dira-t-on, ne fixe pas de chiffre maximum à cette amende ? Qu'importe cela ? Nous en concluons que le législateur a voulu laisser au tribunal toute latitude pour évaluer le taux de l'amende. Quand il a jugé qu'il était bon de fixer un maximum de sévérité que les tribunaux ne doivent pas dépasser dans l'évaluation de l'amende, il l'a fait. S'il disait que l'amende « ne pourra excéder 300 francs », cela voudrait dire que l'amende peut varier entre zéro et trois cents francs. Puisqu'il dit que l'amende ne pourra être moindre que trois cents francs, cela veut dire, nous semble-t-il, qu'elle peut varier entre trois cents francs et

---

(1) Ainsi M. Déroulède, *De la prise à partie*, p. 88.

l'infini, c'est-à-dire qu'elle peut aller jusqu'à la confiscation totale et à la prison par la contrainte par corps (1).

§ IV. — Effets du décret du 19 septembre 1870 sur la prise a partie

Quand le décret du gouvernement provisoire abroge, outre l'article 75 de la Constitution de l'an VIII, « toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics de tout ordre », il semble bien que cette abrogation étant écrite dans des termes très généraux doive jeter bas toute procédure d'exception en faveur de tels ou tels fonctionnaires. Il semblait que c'était la fin de toutes les garanties, de quelque nature qu'elles soient.

Mais, ainsi que nous l'avons déjà dit, le décret de 1870 fut surtout une œuvre d'occasion, suscitée par l'esprit de réaction contre l'absolutisme administratif des dernières années de l'Empire. Ce gage, que le nouveau gouvernement donnait aux libéraux, ne fut pas le résultat d'un projet

---

(1) Après avoir vu toutes les formalités, toutes les entraves, tous les obstacles qui hérissent la prise à partie, nous ne devons pas être étonnés qu'on ait pu dire qu'elle était « si étroitement et si odieusement réglementée, qu'il n'y a pas d'exemple qu'une partie lésée ait encore pu en sortir » (Lacoin, *Revue pénitentiaire*, 1901, p. 11.)

mûrement étudié. Aussi, la réforme eut-elle le sort de toutes les réformes de ce genre ; elle suscita des controverses passionnées, non pas seulement au sujet de son opportunité, mais encore au sujet de l'extension à lui donner.

La prise à partie a-t-elle été atteinte par le décret de 1870 ? A cette question, trois réponses ont été données, et à l'heure actuelle, le conflit entre les théoriciens n'est pas encore tranché.

1° Certains auteurs, tout d'abord, ont soutenu que tout le titre troisième du livre IV du Code de procédure civile était abrogé. En d'autres termes, le décret du gouvernement provisoire aurait tout simplement supprimé la prise à partie parmi les autres voies extraordinaires pour attaquer les jugements. Dès lors, si un particulier se croyait lésé par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions, il pourrait le poursuivre selon le droit commun, pour obtenir contre lui des dommages-intérêts (1). Cette théorie s'appuie sur la généralité des termes employés par le décret-loi : si toutes les mesures ayant pour objet d'entraver les poursuites contre les fonctionnaires sont abrogées, il en résulte que les poursuites contre eux sont absolument libres et selon le droit commun. Or, la procédure de la prise à partie constitue, à n'en pas douter, une entrave aux poursuites contre les magistrats : donc cette entrave est brisée et les juges

(1) Duvergier, *Bulletin des lois*, t. LXX, p. 335.

ne sont plus garantis par rien, ils seront dorénavant responsables selon le droit commun.

Pour notre part, nous ne pouvons partager une telle opinion. Il est inadmissible que les auteurs du décret aient voulu livrer les juges à l'injuste ressentiment des plaideurs condamnés. D'ailleurs, quand on a fait le décret, on n'avait pas plus envisagé la question qui nous occupe que la question de savoir si le décret n'amenait pas dans certains cas les tribunaux judiciaires à connaître des actes administratifs (1). De plus, on ne peut faire un seul bloc de tout le titre troisième du livre IV du Code de procédure : ce n'est pas la prise à partie qui constitue à proprement parler une garantie, ce sont seulement certaines formalités, nécessaires pour la prise à partie. Il ne faudrait pas admettre que le titre troisième tout entier est abrogé, mais seulement certains articles. En effet, on ne pourrait raisonnablement soutenir que l'article 509, par exemple, constitue une entrave à la liberté de poursuites. Cet article prévoit la compétence du tribunal d'appel ou de la Cour de cassation, selon les cas (2).

---

(1) Nous avons dit plus haut que les auteurs du décret n'avaient pas vu cette difficulté ; voir supra.

(2) La Cour d'appel est compétente pour connaître des prises à partie intentées contre un juge de paix ou un juge au tribunal de commerce ou au tribunal de première instance, elle connaît aussi des prises à partie contre un conseiller à la Cour d'appel ou à la Cour d'assises. La Cour d'appel connaît aussi des prises à partie dirigées

C'est là une simple loi de compétence « et le décret de 1870 n'a nullement entendu modifier les principes de la compétence... le recours immédiat à une juridiction supérieure a l'avantage d'écarter toute inquiétude de prévention, de partialité, de ménagement pour le magistrat attaqué. Dans quel embarras cruel se trouverait un pauvre juge de paix si l'on prenait à partie son premier président devant lui ! Ce serait, en outre, le renversement de toute hiérarchie judiciaire » (1). Si cet article 509 ne constitue pas une entrave à l'action des particuliers, pourquoi serait-il abrogé ? Nous reviendrons d'ailleurs sur ce raisonnement un peu plus loin.

2° Une seconde opinion donne justement comme argument que certains articles du titre traitant de la prise à partie ne sont pas des entraves au droit de poursuite des magistrats. Ces articles-là doivent subsister, et seuls doivent être déclarés abrogés ceux qui restreignent le droit qu'ont les particuliers d'intenter des poursuites contre leurs juges (2). Ainsi, l'article 505 serait abrogé puis-

---

contre un tribunal de commerce ou un tribunal de première instance tout entier. La Cour de cassation connaît des prises à partie dirigées contre une Cour d'appel ou l'une de ses sections et contre une Cour d'assises.

(1) Glasson, Observations sur le décret du 19 septembre 1870 (*Revue critique*, année 1873-1874, p. 385.)

(2) *Ibid.*, p. 380 et suiv ; — Voir aussi P. Bernard, Responsabilité des fonctionnaires publics (*Revue critique*, 1878, p. 41 et suiv., p. 103 et suiv.)

qu'en énumérant limitativement les cas de prise à partie, il restreint la liberté de poursuite. Mais l'article 509, traitant de la compétence, resterait intact ; à côté de cela, les articles 510 à 514 seraient abrogés, puisqu'ils énumèrent les formalités à remplir, et qu'ils spécifient qu'une autorisation préalable du tribunal devant qui la cause doit être portée, est nécessaire. Une discussion pourrait surgir au sujet de l'article 516, qui punit d'une amende le demandeur débouté. En effet, c'est là pour les magistrats une garantie tirée du système répressif. Peut-on dire que c'est une entrave et que, comme telle, elle a été supprimée par le décret du 19 septembre ? Nous ne le croyons pas. En effet, le mot « entrave » ne peut s'entendre que de dispositions législatives qui s'appliquent antérieurement à la poursuite, non pas de celles qui s'appliquent postérieurement. Des mesures préventives peuvent « entraver » les poursuites, des mesures répressives n'entravent pas. De plus, l'article 516 est bien dans l'esprit du décret de 1870, puisqu'il prévoyait en son article 2 des peines civiles contre les particuliers qui auraient intenté des poursuites téméraires contre les fonctionnaires.

M. Glasson reconnaît lui-même que les prises à parties n'étant plus réglementées quant aux cas où elles peuvent être intentées, risquent de se multiplier outre mesure, pour le plus grand dommage des magistrats poursuivis tout d'abord, et de la justice ensuite, car si la magistrature perd tout prestige par suite de poursuites incessantes, la

justice s'en ressentira fatalement. Aussi, souhaitait-il une nouvelle réglementation, et il trouvait qu'à ce point de vue le décret de 1870, au lieu d'être un progrès, est un recul (1).

M. Bernard, faisant les mêmes réflexions, demande aussi le rétablissement de l'article 505 (2).

Nous avons dit déjà que pour nous le prestige de la magistrature doit provenir, non pas de son irresponsabilité, mais de son honnêteté ; nous ne pouvons donc partager les regrets de MM. Glasson et Bernard.

3° Mais une troisième théorie, que nous croyons être la vraie, soutient que le décret de 1870 n'a rien changé dans les moyens de poursuivre les magistrats. Elle s'appuie sur une phrase du rapport relatif au décret de 1870, et cette phrase nous semble bien devoir clore la discussion et apporter à notre théorie un argument sans réplique : « Pour les magistrats soumis aux règles du Code de procédure civile sur la prise à partie et à celles du Code d'instruction criminelle pour les délits commis par eux, la situation reste la même. » (3) Ainsi, dans l'esprit des auteurs du décret, celui-ci devait laisser intacte la prise à partie, et quand le décret parle « des fonctionnai-

---

(1) Glasson, Observations sur le décret du 19 septembre 1870 (*Revue critique*, année 1873-1874, p. 389.)

(2) P. Bernard, Responsabilité des fonctionnaires publics (*Revue critique*, 1878, p. 103.)

(3) *Journal officiel* du 18 avril 1870, p. 2614

res publics de tout ordre », il faut en excepter les fonctionnaires de l'ordre judiciaire ! On voit jusqu'à quel point les rédactions hâtives de décrets de circonstance peuvent être vicieuses. L'esprit du décret est en opposition directe et complète avec la lettre ; entre les deux, on doit suivre évidemment le premier ; on est obligé d'admettre que la prise à partie est restée, après 1870, ce qu'elle était avant, mais on peut le regretter.

Beaucoup d'auteurs ont admis avant nous que malgré le décret du 19 septembre, une autorisation préalable est nécessaire pour poursuivre un magistrat pour fait de ses fonctions. Nous citerons seulement M. Fuzier-Herman, qui déplore le fait (1) tandis que M. Molinier l'approuve pleinement, parce que, dit-il, « il ne faut pas livrer le juge à la rancune des plaideurs mécontents ». (2) La jurisprudence a d'ailleurs adopté cette théorie (3).

---

(1) Fuzier-Herman, *La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel*, p. 500.

(2) Molinier, *Mémoire sur l'abrogation de l'article 75* (*Recueil de l'Académie de législation de Toulouse*, 1870, p. 394). — Voir aussi Garsonnet, *Cours de procédure*, t. I^er^, p. 236. — Jacquelin, *Principes dominants du contentieux administratif*, p. 130 — Déroulède, *De la prise à partie*, p. 109, etc.

(3) Besançon, 23 juin 1873, D., 74-2-145 ; — Cass. 14 juin 1876, D., 76-1 301 ; — Cass. 4 mai 1880, D., 80-1-460.

§ V. — Tendances modernes au sujet de la prise a partie

Nous avons vu, au cours de ce chapitre, les multiples difficultés successives que la prise à partie apporte à la poursuite des juges. Il nous sera donc permis de nous étonner de l'avis qu'émet M. Déroulède : « La prise à partie n'apporte, dit-il, aucune entrave aux poursuites dirigées contre les magistrats. (1) A notre avis, au contraire, et nous croyons l'avoir suffisamment démontré, « la prise à partie, avec les difficultés et les complications de sa procédure, n'offre aucune garantie ; c'est un leurre » (2). En effet, supposons un justiciable lésé par l'acte d'un juge ; que se produit-il ? S'il invoque la loi pénale, par le moyen de la forfaiture, on exige qu'il fasse la preuve de l'intention frauduleuse du juge. Cette preuve sera difficile ; mais même, s'il peut la faire, il ne peut poursuivre directement le coupable. Seul, le procureur général peut agir. Et si celui-ci refuse, que pourra faire le lésé ? Rien, au moins devant les tribunaux répressifs.

S'adressera-t-il alors à la juridiction civile par le moyen de la prise à partie ? Mais ici encore, on exigera qu'il prouve la fraude. Et, de plus, il faudra une autorisation préalable. Devant tou-

(1) Déroulède, *De la prise à partie*, p. 108.

(2) P Jolly, Séance du 15 avril 1906 de la Société générale des prisons, *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 684.

tes ces barrières, mises entre le justiciable et le juge, les particuliers s'effraient et ne cherchent pas à poursuivre les magistrats dont ils croient avoir à se plaindre. La prise à partie est aussi bizarre, à l'heure actuelle, au milieu de notre législation, qu'un animal antédiluvien revenant au milieu de la faune moderne.

Dès lors, il faut en arriver à admettre un nouveau système de responsabilité civile des fonctionnaires de l'ordre judiciaire, plus en harmonie avec les idées actuelles. Plusieurs systèmes ont été proposés ; nous allons les étudier brièvement.

M. Lacoin, d'accord en cela avec la Commission chargée par la Société générale des prisons d'étudier la question, voudrait introduire dans la législation actuelle trois sortes de réformes (1) : élargir le principe de la responsabilité de l'Etat, déjà admis par la loi du 8 juin 1895 sur la révision ; exiger que l'ordonnance rejetant une requête pour demander l'autorisation de poursuivre, soit motivée, et qu'elle réponde aux moyens invoqués pour prouver l'illégalité ; étendre enfin le cas de prise à partie à la faute professionnelle grossière (2).

En résumé, M. Lacoin propose d'ajouter à l'article 505 du Code de procédure civile, après les

---

(1) *Revue pénitentiaire*, 1901, p. 1176 et s.

(2) M. Larnaude soutient le même avis, voir *Revue pénitentiaire*, 1901, p. 1185.

mots « fraude, concussion », les mots « ou faute grossière professionnelle », et, à la fin : « La condamnation à raison de ces faits sera prononcée contre l'Etat, sauf son recours, s'il y a lieu, contre l'auteur du fait qui a donné droit aux réparations. Le conflit ne pourra être élevé à raison du principe de la séparation des pouvoirs, conformément à ce qui est porté au dernier alinéa, § 8, de l'article 114 du Code pénal. »

Il voudrait ensuite compléter ainsi l'article 511 : « Le demandeur en prise à partie et son conseil seront admis à présenter, en audience publique, leurs observations orales, à l'appui de la requête. Le refus d'autorisation devra être motivé et répondre aux griefs portés en la requête. » (1)

Ce même projet propose de faire de l'arrestation, de la détention et de la perquisition illégales, des délits ; le particulier lésé pourra se porter partie civile. Les dommages-intérêts seront à la charge de l'Etat, sauf son recours contre l'auteur du délit. Si l'arrestation, la détention ou la perquisition ont été faites par malveillance ou vengeance personnelle, elles constituent des crimes.

Le 16 décembre 1904, M. Clémenceau déposait sur la tribune du Sénat un projet de loi sur les garanties à accorder à la liberté individuelle (2). Il mettait en œuvre la responsabilité civile des magistrats ; les dommages-intérêts alloués au

(1) *Revue pénitentiaire*, 1901, p. 1193.

(2) *Journal officiel*, 1904. Débats du Sénat, p. 1075.

particulier lésé par une arrestation illégale, sont à la charge de l'Etat (article 24 du projet), sauf recours contre le magistrat. Le conflit ne peut jamais être élevé, et les tribunaux judiciaires sont toujours compétents. La faute grossière professionnelle est une nouvelle cause de prise à partie.

Le 3 février 1905, M. Cruppi déposait sur le bureau de la Chambre, un projet évidemment inspiré du précédent (1) : les dommages-intérêts sont à la charge de l'Etat (article 8) ; la prise à partie peut être intentée pour faute grossière, par requête au premier président qui, s'il refuse l'autorisation, doit motiver son ordonnance (article 7) (2).

On voit que les tendances modernes vont vers une responsabilité plus grande et surtout plus effective, des magistrats. Selon nous (et nous empruntons cette théorie au beau rapport fait par M. Morizot-Thibault à l'Académie des sciences morales et politiques) (3), on pourrait distinguer deux cas : 1° la faute du magistrat intéresse à la fois le particulier et l'ordre social ; au point de vue de la responsabilité pénale, il faudrait étendre la

---

(1) *Journal officiel*, 1905. Débats de la Chambre, p. 148.

(2) Pour MM. Clémenceau et Cruppi, la responsabilité civile des magistrats n'est pas le but de leurs projets, c'est seulement le moyen d'arriver à garantir la liberté individuelle.

(3) Compte-rendu des séances et travaux de l'Académie des Sciences morales et politiques, 1905, t. I^{er}, p. 552.

forfaiture à tous les préjudices volontairement portés par un magistrat dans l'exercice de ses fonctions, à la liberté ou à la sûreté, ou à la fortune d'un justiciable. Ces actes seraient réputés crimes et punis de la dégradation civique. Des dommages-intérêts pourraient en outre être alloués au particulier lésé. Celui-ci pourrait poursuivre lui-même le magistrat, après requête adressée au premier président pour lui en demander l'autorisation. Au cas où celui-ci la refuserait, son ordonnance devrait être motivée et elle serait susceptible d'être déférée à la Cour de Cassation.

2° La faute du magistrat n'intéresse que le particulier. Dans ce cas, on pourrait supprimer la nécessité d'autorisation préalable. Le particulier lésé pourrait poursuivre directement ; il serait condamné à une amende s'il échoue, et cette amende pourrait avoir un maximum très élevé pour empêcher les poursuites abusives.

CHAPITRE II

RESPONSABILITÉ CIVILE DES MEMBRES DE L'ENSEIGNEMENT PUBLIC

Au point de vue de la responsabilité civile, les membres de l'enseignement public constituent une catégorie à part, parmi les fonctionnaires. Leur responsabilité, en effet, est double : d'un côté, ils sont soumis, comme les autres fonctionnaires, comme les autres citoyens, à une responsabilité directe ; d'un autre côté, l'article 1384 du Code civil prévoyait à leur charge une responsabilité indirecte née des dommages causés par leurs élèves pendant le temps où ils étaient sous leur surveillance. La loi du 20 juillet 1899 substitue la responsabilité de l'Etat à celle de son instituteur dans le cas prévu par l'article 1384. Nous verrons plus loin les raisons qui ont motivé cette réforme.

§ I. — Responsabilité directe des instituteurs (1)

L'instituteur, quant à sa responsabilité directe, doit être considéré tout d'abord comme un

(1) Pour éviter l'appellation trop longue « membres de l'enseignement public », nous emploierons surtout le mot « instituteurs » qui est d'ailleurs très général et qui comprend, d'après une jurisprudence constante « tous ceux

fonctionnaire ordinaire ; sa responsabilité découle de l'article 1382 ; il n'est pas revêtu d'un caractère particulier. Mais il a droit aux garanties qu'ont les autres fonctionnaires ; d'un côté, il doit être responsable de ses actes ; en effet, l'instituteur, et surtout l'instituteur primaire, a charge d'âme et de corps. Sa faute peut occasionner pour les enfants qu'il est chargé d'instruire et de surveiller, un grave dommage. Pourquoi ne devrait-il pas le réparer ? Toutes les raisons qui existent en faveur de la responsabilité civile du fonctionnaire s'appliquent à l'instituteur. Peut-être même devrait-on être plus sévère pour lui que pour d'autres, car sa puissance est d'autant plus grande

---

qui, à un titre quelconque, sont chargés de l'instruction, de l'éducation, de l'enseignement et de la surveillance de l'enfance et de la jeunesse » (Larombière, *Traité des obligations*, sous l'article 1384, n° 17) ; par conséquent, le mot comprend les maîtres de l'enseignement primaire, de l'enseignement secondaire et même de l'enseignement supérieur (*Contrà*, voir Echallier, *Responsabilité des membres de l'enseignement public*, p. 6, en note). Les parents qui font entre eux échange d'enfants (pour leur apprendre, par exemple, une langue étrangère) sont responsables comme instituteurs (Colmar, 14 juin 1830, arrêt rapporté par Dalloz, *Répertoire*, v° Responsabilité, n° 705, en note). Sont encore instituteurs au sens de l'article 1384, le directeur d'une école professionnelle (Grenoble, 20 décembre 1901, D. 1902-2-147), le directeur d'une maison de correction (Paris, 15 juin 1904, D. 1905-5 2). Mais le fait de recevoir un enfant pendant une ou plusieurs heures pour lui donner des leçons ne confère pas la qualité d'instituteur (Cass. 23 décembre 1831, cité par Dalloz, *Répertoire*, v° Responsabilité, n° 365, en note).

qu'elle s'exerce sur des forces morales, intellectuelles et physiques plus faibles ; des enfants ne peuvent pas résister et se défendre comme le feraient des hommes. Il est donc indispensable que les parents, représentants légaux de leurs enfants, puissent demander compte au maître d'école de ses actes.

Les instituteurs s'efforcent de repousser cette responsabilité en faisant valoir que nul fonctionnaire n'est plus exposé qu'eux aux attaques des particuliers ; en effet, le maître d'école est souvent, surtout dans les villages, la personnification de l'esprit gouvernemental. C'est à lui que les partis d'opposition s'attaqueront de préférence, et pour peu qu'on lui trouve des idées « avancées », on s'ingéniera à lui rendre la vie impossible. Si l'on ajoute à cela que les enfants qu'il élève mettent en pratique le vers du fabuliste :

« Notre ennemi, c'est notre maître »

il en résultera souvent des poursuites civiles qui n'auront d'autre but que de créer à l'instituteur des difficultés sans cesse renaissantes.

Tout à fait en ces derniers temps, à la suite des fermetures d'écoles libres, le conflit entre les partisans et les adversaires de la liberté d'enseignement est entré dans une période de crise aiguë. S'appuyant sur l'affaire Morizot, les partis d'opposition ont demandé, par la voix des associations de pères de famille, que les instituteurs soient pleinement responsables des idées émises par eux en

classe. Un vif mouvement d'agitation s'est créé contre les instituteurs, mouvement qui se traduit à la fois par des manifestations et des procès ; les évêques de France ont interdit aux fidèles l'usage de certains livres ou manuels portés sur les listes départementales, et les instituteurs ont riposté par des procès intentés à certains évêques. Au milieu de ces agitations, les instituteurs réclament des garanties. Ils ne doivent pas être exposés à toutes les poursuites, sous peine de perdre la tranquillité d'esprit nécessaire à l'exercice de leurs fonctions.

En somme, le problème se pose pour les instituteurs comme pour les autres fonctionnaires : d'un côté nécessité d'une responsabilité civile. De l'autre côté, nécessité d'une garantie. Comment conciliera-t-on ces deux difficultés ?

Tout d'abord, on admettra pour les instituteurs aussi, la distinction entre le fait personnel et le fait administratif. En cas de fait personnel, l'instituteur sera responsable devant les tribunaux judiciaires. Si la faute n'est qu'une faute fonctionnelle, qu'une faute de service, la responsabilité civile de l'instituteur ne sera pas en jeu.

S'il s'agissait d'un acte administratif, les tribunaux judiciaires devraient se déclarer incompétents, et le fonctionnaire serait aussi irresponsable (1).

---

(1) C'est en vertu de ce principe qu'il a été jugé que le fait, pour une institutrice, d'écrire au père d'une élève

Toutefois, étant donnée l'importance des fonctions que remplissent les instituteurs et la gravité des dommages qui peuvent résulter de leurs actes mauvais, étant donné aussi que l'enfant se trouve sans défenses vis-à-vis de son maître et ne peut échapper à son influence, peut-être conviendrait-il que les tribunaux se montrent sévères dans l'appréciation du caractère personnel ou fonctionnel de l'acte accompli ; c'est d'ailleurs la tendance très nettement marquée de la jurisprudence : la faute de l'instituteur est rarement qualifiée de fonctionnelle ; en d'autres termes, il est d'une façon générale en pratique responsable de sa faute (1).

Si l'on craint que les poursuites soient trop fréquentes et qu'elles cachent des motifs politiques,

---

pour le prier de débarrasser la chevelure de sa fille des parasites qu'elle recèle, constituait un fait administratif. Dès lors, les tribunaux judiciaires ont dû se déclarer incompétents pour connaître de l'action intentée par le père, qui soutenait que la lettre de l'institutrice constituait une diffamation à son égard (Tribunal de paix du Theil-sur Huisne, journal *Le Temps*, 26 août 1909, à l'article « Tribunaux ».)

(1) C'est ce qui explique que certains auteurs ont pu dire que l'instituteur est *toujours* responsable ; « le degré de gravité importe peu... Il suffit que la faute soit établie, et la responsabilité est engagée » (M. Echallier, *De la responsabilité civile des membres de l'enseignement public*, p. 13). Nous ne pouvons être de cet avis ; il ne faut pas oublier que l'instituteur est un fonctionnaire public et qu'aucun texte ne lui a fait perdre les garanties que comporte cette qualité.

pourquoi n'édicterait-on pas des peines civiles sévères contre les particuliers ayant dirigé des poursuites téméraires contre les instituteurs (1) ?

La responsabilité directe de l'instituteur peut être mise en jeu par des voies de fait ou par sa négligence, ou par son enseignement lui-même.

1° La jurisprudence, en ce qui concerne les voies de fait commises par des instituteurs sur la personne des enfants qui leur sont confiés, nous fournit un excellent argument en faveur de notre distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle.

Tous les châtiments corporels sont formellement interdits par nos règlements scolaires. Pendant longtemps, le maître, à qui le père de famille déléguait ses pouvoirs, pouvait exercer sur ses élèves un droit de correction paternelle. Aujourd'hui, ce temps a passé. Les parents n'acceptent plus que le maître d'école use à leur place de leurs droits de correction. Il doit avoir une patience inépuisable pour ne pas se laisser aller à frapper un de ses élèves ; les articles 19 et 20 du règlement scolaire (2) prévoient les seules punitions dont l'instituteur puisse faire usage : « les mauvais

---

(1) C'est aussi l'avis de M. Jèze (Voir sa note après un article de M. Rolland, au sujet des projets de loi sur les rapports entre instituteurs et pères de famille, dans la *Revue de droit public*, septembre 1908. p. 529.)

(2) Cités par M. Echallier, *Responsabilité civile des membres de l'enseignement*, p. 15.

points, la réprimande, la privation partielle de la récréation, la retenue après la classe sous la surveillance du maître et l'exclusion temporaire. » L'article 20 spécifie que « il est absolument interdit d'infliger aucun châtiment corporel. » Toute voie de fait, même légère, est donc interdite. Si légère soit-elle, elle constituera toujours une faute. Mais la jurisprudence distingue selon le mobile qui a inspiré la voie de fait. Si l'instituteur a cédé à un mouvement de violence ou seulement d'impatience ; si dans un mouvement de vivacité il a donné un coup à un enfant, il commet une faute personnelle. C'est, dans ce cas, une faute lourde : il a obéi à un mouvement d'animosité personnelle, dans un moment d'exaspération ; il a agi sous l'empire de la colère, à laquelle il n'aurait pas dû se laisser aller. Il sera responsable des suites que peut avoir sa faute personnelle (1).

Si, au contraire, l'instituteur se laisse aller à des voies de fait légères envers un enfant tout particulièrement indiscipliné ; si, avant d'en arriver à cette extrémité regrettable, il a usé de tous les moyens en son pouvoir pour corriger l'enfant, ou pour faire respecter l'ordre, on estimera qu'il a

---

(1) Nous laissons volontairement de côté la responsabilité disciplinaire et pénale qui peut résulter pour l'instituteur des coups et des actes de violence dont il se rend coupable vis-à vis des enfants à lui confiés (Voir les articles 311 et 312 du Code pénal ; voir aussi la loi du 13 avril 1898 sur la répression des violences, voies de fait, actes de cruauté et attentats commis envers les enfants.)

commis une faute fonctionnelle dont il ne sera pas responsable. Dans ce cas, il aura évidemment fait une faute, puisqu'il aura transgressé la défense faite par les règlements, mais ce ne sera qu'une faute légère ; M. Laferrière dirait qu'il n'y a pas dans son acte de passion personnelle, et M. Duguit dirait qu'il avait en vue le but de sa fonction. Il sera irresponsable parce qu'il a voulu rétablir l'ordre dans sa classe, ou vaincre la paresse et les mauvais instincts d'un de ses élèves.

En vertu de ces principes, il a été jugé qu'une institutrice peut être déclarée responsable pour avoir usé de brutalités légères, mais sous l'empire de la colère (1).

La Cour de cassation réformait, le 18 janvier 1889, un jugement du Tribunal de simple police de Toulouse, et déclarait responsable une institutrice qui avait jeté de l'eau sur une de ses élèves : « c'est à tort que le juge de police a considéré le traitement infligé par la maîtresse d'école à son élève comme une mesure que pouvait rendre nécessaire la conduite de cette élève et la bonne tenue de l'école. » (2)

En sens contraire, un instituteur qui avait frappé des jeunes élèves, soit de la main, soit de son « signal », mais sans méchanceté, a été ac-

---

(1) Tribunal de simple police, Amiens, 20 mars 1885 (Cité par Dalloz, *Supplément au Répertoire*, v° Crimes et délits contre les personnes, n° 191, note 4).

(2) Cassation, 18 janvier 1889 (Dalloz, *Ibid.*, note 3).

quitté parce que « le procédé dont il usait à leur égard n'avait en réalité pour but que de rappeler à l'observation de la discipline, et de réveiller d'une façon plus spéciale leur attention ». (1, 2 et 3)

Mais les voies de fait sont rares de la part des instituteurs. Il arrivera plus souvent que la question de leur responsabilité soit mise en jeu par suite de leur négligence ou de leur imprudence (4).

2° On a dit que l'instituteur était tenu de réparer les dommages nés de toutes ses fautes, si légères qu'aient été son imprudence ou sa négligence. Si l'on étudie les arrêts de la jurisprudence, on peut

---

(1) Douai, 17 juillet 1882, *Gazette du Palais*, 83-2-120.

(2) Cette théorie est soutenue par M Rolland qui admet que, malgré les règlements scolaires, « les châtiments corporels peuvent, jusqu'à un certain point, rentrer dans l'exercice du droit de correction. Ce n'est qu'à partir d'un certain degré qu'ils constituent une faute des suites de laquelle réparation est due ». (*Revue de droit public*, janvier 1908, p. 95.) M. Rolland applique la théorie de M. Duguit tirée de l'idée de but (Voir même page, note 2).

(3) Il faut remarquer qu'un instituteur, même acquitté par les tribunaux parce que les voies de fait auxquelles il s'est livré ont été légères et n'ont pas dépassé les limites du droit de correction, peut être puni disciplinairement pour ne pas s'être soumis aux règlements scolaires.

(4) Des voies de fait, il faut rapprocher l'injure grave. L'instituteur a le droit évidemment de gronder un enfant ; il n'a pas le droit de l'insulter. C'est là surtout une question d'appréciation : le Tribunal de Foix avait estimé que le fait de traiter un élève d' « âne » constituait une faute personnelle. La Cour de cassation, au contraire, a déclaré que le maître d'école ne dépassait pas, ce faisant, son droit de réprimande (Cass. 24 février 1906, S. 1906 1-253).

aisément reconnaître cette règle à première vue. Mais nous ne croyons pas que ce soit là une exception à la règle de la distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle. En effet, si l'instituteur est responsable de son imprudence et de sa négligence, c'est que celles-ci constituent des fautes personnelles. Ses premières qualités doivent être la prudence et la vigilance. Les pères de famille lui ont confié leurs enfants, il a ainsi assumé une lourde charge, et il répond de la sûreté des enfants. Son premier devoir doit être d'assurer leur sécurité. S'il ne prend pas toutes les précautions dans ce but, il commet un oubli grave des devoirs de sa fonction, et cet oubli constitue une faute personnelle.

D'ailleurs, plus que toutes les théories, un motif pratique impose la responsabilité de l'instituteur pour les accidents arrivés à ses élèves pendant qu'ils sont sous sa garde, quand il n'a pas fait tout ce qu'il était de son devoir de faire pour empêcher l'accident : c'est le meilleur moyen, le plus pratique, pour obliger le maître d'école à surveiller ses élèves. De plus, c'est aussi le seul moyen de tranquilliser les parents ; sachant l'instituteur responsable, ils se reposeront sur lui davantage ; leur confiance sera augmentée parce qu'ils sauront que le souci de sa responsabilité rendra sa surveillance plus attentive.

Il arrive souvent que des enfants se blessent en jouant à des jeux dangereux ; pour que l'instituteur soit déchargé de toute responsabilité en pa-

reil cas, « il suffira qu'il ait interdit ce jeu et exercé une exacte surveillance » (1) Mais si le maître ne s'est pas préoccupé de faire cesser le jeu, dès qu'il s'en est aperçu, il devra réparer le dommage né de sa négligence.

Souvent aussi, des accidents surviennent par manque de précautions. C'est encore une source de responsabilité pour les instituteurs : c'est ainsi qu'un professeur de chimie a été condamné à des dommages-intérêts envers un enfant brûlé grièvement par des matières caustiques jetées, après une expérience, dans la cour de récréation (2). C'est ainsi encore qu'un maître d'école a été déclaré responsable parce qu'un enfant s'était cassé la jambe en tombant dans un trou creusé dans la cour pour y planter un arbre. L'enfant courait autour du trou, et l'instituteur avait allégué pour sa défense que l'accident était arrivé avant qu'il ait eu le temps d'intervenir pour faire cesser le jeu. Mais on a fait valoir contre lui, et à juste titre, qu'il aurait dû, à l'avance, interdire à ses élèves de s'approcher du trou creusé et, au besoin, il aurait dû le palissader sommairement (3). Il a été jugé de même qu'un proviseur doit faire mettre un grillage devant les portes vitrées donnant sur les cours de récréation. Faute de cette précaution, si un en-

(1) Circulaire ministérielle du 1er février 1881.

(2) Trib. d'Hazebrouck, 29 août 1879, D , 81-2-183 ; — S., 80-2-70.

(3) Limoges, 1er mai 1895, S., 99-2-147.

fant tombe, casse un carreau et se blesse, le proviseur sera civilement responsable (1). Un directeur d'école, qui avait négligé de faire soigner un de ses élèves atteint d'une maladie de peau et qui avait rassuré à tort les parents en disant que c'était là un simple mal sans gravité, a été condamné à des dommages-intérêts (2). Une faute est facilement visible à la base de tous ces cas.

Au contraire : un directeur d'école normale renvoie dans sa famille un de ses élèves atteint d'une maladie contagieuse. Le départ s'effectue après avis du médecin. L'élève meurt en cours de route. Son père poursuit le directeur de l'école normale et lui demande des dommages-intérêts. On a jugé que le directeur n'était coupable d'aucune faute, puisqu'il n'avait fait qu'agir selon l'avis du médecin. Dès lors, le père fut débouté de sa demande (3).

3° La question de la responsabilité civile des instituteurs se pose encore au sujet de l'enseignement qu'ils donnent. Doivent-ils être responsables des idées qu'ils enseignent ? Elever de jeunes intelligences est une besogne délicate dans laquelle la moindre faute risque d'avoir de graves conséquences. Une idée fausse, une morale viciée, un senti-

---

(1) Tribunal de la Seine, 5 novembre 1896, D., 96-2-471 ; — Voir aussi Tribunal de la Seine, 17 janvier 1896.

(2) Tribunal de la Seine, 14 décembre 1895 ; — Paris, 12 mai 1898, *Gazette des Tribunaux*, 98, p. 373.

(3) Tribunal de Moulins, 9 juillet 1896, *Gazette des Tribunaux*, 4 octobre 1896.

ment bas, s'ils sont communiqués aux enfants, peuvent leur causer, ainsi qu'à leurs parents, un très grave préjudice.

La question de la responsabilité à raison des idées émises, se pose actuellement avec une très grande acuité. Cela tient à ce que la lutte entre l'enseignement laïque et l'enseignement religieux est entrée dans une phase violente à la suite de la fermeture des écoles congréganistes. Les partisans de l'enseignement religieux reprochent à l'école laïque de ne pas respecter la neutralité promise par la loi du 28 mars 1882. Ils reprochent aux instituteurs de donner un enseignement antichrétien. Aussi les attaques ont-elles été nombreuses. Nous n'avons pas à considérer si elles ont été justifiées ou non : nous nous bornons à les constater.

Deux théories opposées sont en présence au sujet de la responsabilité des instituteurs pour les idées émises par eux en classe. L'une (c'est celle qui est soutenue par « les Associations de pères de famille pour maintenir dans l'école le culte du patriotisme et le respect de la neutralité ») soutient que l'article 1382 du Code civil est applicable, le cas échéant, à l'instituteur, comme à tout autre fonctionnaire. L'instituteur n'est pas un fonctionnaire privilégié. Aucun texte n'existe qui permettrait de soustraire le maître d'école à la responsabilité générale édictée par l'article 1382 (1). Nous

(1) Nous verrons plus loin que la loi du 20 juillet 1899 décharge les instituteurs d'une partie de la responsabilité

avons vu déjà que l'instituteur est responsable de son acte causant un préjudice matériel, ainsi en cas de voie de fait. Pourquoi en serait-il autrement dans le cas de préjudice moral ? Il n'y a aucune raison qui puisse faire mettre l'instituteur à part des autres fonctionnaires. Pourquoi ne serait-il pas responsable du préjudice moral qu'il cause par sa faute, alors que les autres agents de l'Etat le sont ? Dans ce cas, comme dans le cas de préjudice matériel, il suffira de distinguer si la faute, cause du dommage, est une faute personnelle (et dans ce cas, l'instituteur sera responsable devant les tribunaux judiciaires), ou une faute fonctionnelle (et dans celui-ci l'Etat, seul, pourra être poursuivi devant les tribunaux administratifs) (1).

---

leur incombant par suite de l'article 1384. Mais elle a laissé subsister à leur égard celle des articles 1382 et 1383.

(1) Les instituteurs ont déclaré parfois qu'il n'y avait aucune analogie entre leurs fautes personnelles et celles que peuvent commettre les autres fonctionnaires : « L'Etat nous donnant la délicate mission de faire passer dans la pratique cette notion un peu subtile qu'est la neutralité scolaire, et cela souvent dans un milieu d'une hostilité agressive, crée à notre charge un risque professionnel spécial. Il est logique qu'il nous couvre sans réserve contre les conséquences de ce risque » (La protection de l'Ecole Laïque, par Xavier Decailly, dans le *Bulletin de l'Amicale de la Côte-d'Or*, avril-mai juin 1909, p. 36). Nous ne pouvons admettre une telle théorie : la neutralité scolaire est une notion un peu subtile, soit. Mais s'ensuit-il que les instituteurs doivent être débarrassés de toute responsabilité? Et d'abord, peut-on même dire que la neutralité scolaire est une notion si délicate ? Qu'il nous

Ce système a l'avantage d'assurer aux pères de famille que leurs enfants recevront à l'école un enseignement plus sage et éloigné des tendances exagérées des partis extrêmes. « L'enseignement primaire étant obligatoire,... il doit être à la portée de tous, sans distinction de fortune ou de croyances. et c'est pour cela qu'il est gratuit et neutre. Le père a, dès lors, un véritable droit à ce que son enfant puisse recevoir à l'école d'Etat un enseignement normal, conforme à la fois aux programmes officiels et aux principes de morale couram-

---

suffise de citer les termes de la circulaire de Jules Ferry, du 17 novembre 1883, et cette citation sera toute notre réponse : « Si parfois vous êtes embarrassé pour savoir jusqu'où il vous est permis d'aller, dans votre enseignement moral, voici une règle pratique à laquelle vous pourrez vous tenir. Au moment de proposer à vos élèves un précepte, une maxime quelconque, demandez-vous s'il se trouve, à votre connaissance, un seul honnête homme qui puisse être froissé de ce que vous allez dire. Demandez-vous si un père de famille, je dis un seul, présent à votre classe, et vous écoutant, pourrait, de bonne foi, refuser son assentiment à ce qu'il vous entendrait dire. Si oui, abstenez-vous de le dire ; sinon, parlez hardiment : car ce que vous allez communiquer à l'enfant, ce n'est pas votre propre sagesse, c'est la sagesse du genre humain, c'est une de ces idées d'ordre universel que plusieurs siècles de civilisation ont fait entrer dans le patrimoine de l'humanité. »

Il faut se dire, de plus, que de ce que la mission est délicate, il ne faut pas conclure qu'il ne doit pas y avoir de responsabilité. Que dirait-on d'une Compagnie de chemin de fer qui déclinerait toute responsabilité sous prétexte que le transport en commun des voyageurs présente des dangers ?

ment admis, respectueux des croyances de chacun. » (1 et 2)

L'instituteur a le devoir correspondant à ce droit et sa responsabilité en sera la sanction. On a dit que l'intrusion des pères de famille à l'école était intolérable ; nous ne sommes pas de cet avis ; n'est-il pas du devoir d'un père de vérifier et de surveiller étroitement l'enseignement donné à son fils ?

Cette théorie a été admise par la jurisprudence dans la fameuse affaire Morizot. Rappelons brièvement les faits : M. Morizot, instituteur à Vievigne (Côte-d'Or) s'était laissé aller à des écarts de langage d'autant plus graves qu'ils s'adressaient à des enfants d'une dizaine d'années. Un père de famille, le sieur Girodet, lui demanda 1.000 francs de dommages-intérêts à raison du dommage causé à son fils par des propos tenus par l'instituteur (3).

---

(1) Rolland, Les instituteurs et les pères de famille, *Revue du droit public*, janvier-février-mars 1908, p. 99.

(2) Le Congrès des syndicats d'instituteurs a voté dernièrement la proposition suivante : « La Fédération nationale des instituteurs et institutrices décide qu'il n'y a pas lieu d'enseigner aux enfants, à l'école primaire, une morale didactique, pas plus qu'il n'y a lieu de leur donner une instruction unique, mais qu'il faut créer un milieu favorable au développement de la solidarité ouvrière » (Journal *Le Temps*, du 28 mars 1910). La tendance est intéressante à signaler.

(3) Certains des propos reprochés à Morizot étaient directement contre la neutralité : « Ceux qui croient en Dieu sont des imbéciles. — Il ne faut pas se confesser au curé, mais à ceux auxquels on a fait tort. — Le bon Dieu,

Le 10 juin 1907, le Tribunal civil de Dijon se déclara incompétent, « les propos échappant à l'appréciation de l'autorité judiciaire comme ayant été tenus par l'instituteur dans l'exercice de ses fonctions et constituant des appréciations de choses et d'idées faisant l'objet de son enseignement ». C'était admettre l'irresponsabilité civile absolue de l'instituteur, à raison de son enseignement, puisque la seule voie qui restait ouverte au sieur Girodet, c'était la juridiction administrative qui ne pourrait condamner l'instituteur à des dommages-intérêts.

Mais le père de famille interjeta appel, et la Cour de Dijon, le 11 décembre 1907 (1) se déclara compétente et admit Girodet à prouver l'existence des propos incriminés. La Cour s'appuyait sur la jurisprudence constante qui admet la responsabilité civile des fonctionnaires pour leurs fautes personnelles ; or, « il suffit d'observer que cer-

---

c'est un porte-monnaie bien garni. — Les curés causent la guerre. — Les vers qui sont dans les prunes s'appellent des curés. » D'autres propos étaient contre la morale civique que l'instituteur est tenu d'enseigner : « Les soldats français sont des voyous et des lâches. — Les Allemands ont bien fait, en 1870, de tuer les enfants au berceau. » D'autres enfin constituaient des obscénités des plus graves, étant donné qu'ils avaient été prononcés dans une école mixte devant des fillettes dont la virginité morale devait être respectée : « Il n'y a pas de différence entre l'homme et la vache, car ils ont..... » — « Les parasites de l'homme comprennent ..... »

(1) *Gazette du Palais*, 1908-1-16.

tains propos reprochés à Morizot pourraient constituer des infractions pénales, que d'autres sont inspirés par une immoralité révoltante, que les derniers enfin, sont en contradiction flagrante avec la neutralité hautement imposée à l'école en matière religieuse ».

Cet arrêt fit grand bruit et eut son écho à la Chambre des députés, où M. Dessoye posa à ce sujet une question au ministre de l'Instruction publique.

Le préfet prit un arrêté de conflit qui fut annulé par le Tribunal des Conflits, le 2 juin 1908 (1) sur les conclusions de M. Tardieu, commissaire du Gouvernement. Cet arrêt adoptait entièrement la théorie que nous exposions plus haut (2).

La jurisprudence a donc admis la responsabilité de l'instituteur pour les fautes personnelles qu'il commet dans l'exercice de sa fonction. Ce n'est qu'une application des doctrines de la ju-

---

(1) *Gazette du Palais*, 7, 8, 9 juin 1908.

(2) Le Tribunal des conflits, après avoir longuement pesé et étudié chacun des propos reprochés à Morizot, avait retenu comme fautes personnelles les propos suivants : 1° Ceux qui croient en Dieu sont des imbéciles ; — 2° Le bon Dieu c'est un porte-monnaie bien garni ; — 3° Il ne faut pas se confesser au curé mais à ceux auxquels on a fait tort ; — 4° Les soldats français sont des voyous et des lâches ; — 5° Les Allemands ont bien fait, en 1870, de tuer les enfants au berceau ; — 6° Il n'y a pas de différence entre l'homme et la vache.. .... »

risprudence sur la responsabilité des fonctionnaires en général.

Mais les tendances législatives s'écartent, à n'en pas douter, des tendances jurisprudentielles. Cela tient surtout à ce que la politique s'est mêlée à cette affaire et risque même d'avoir une part prépondérante dans la question de savoir si l'instituteur doit être responsable ou non. Nous avons étudié la théorie de la jurisprudence qui conclut à la responsabilité ; voyons maintenant la théorie de la politique qui conclut à l'irresponsabilité.

Le 27 décembre 1907, M. Dessoye, faisant valoir que le procès Morizot n'était qu'un premier coup porté par les associations « cléricales » de pères de famille à l'école laïque, mettait le ministre de l'Instruction publique en demeure de dire « si les tribunaux sont compétents pour juger des propos tenus dans une classe par un instituteur ». (1) M. Briand répondit qu'il s'engageait à agir contre les groupements de pères de famille formés dans un esprit d'hostilité systématique aux écoles laïques, car, pour lui, ces associations n'attaquaient les instituteurs que pour des motifs purement politiques. Que, d'ailleurs, les tribunaux civils paraissent incompétents pour connaître des propos tenus en classe par un instituteur, à la condition, pourtant, que ces propos ne cons-

(1) *Journal officiel*, séance de la Chambre du 27 décembre 1907. Débats parlementaires, p. 3076.

tituent pas un délit caractérisé. S'il n'y a pas délit, les tribunaux administratifs peuvent seuls connaître de l'affaire. En d'autres termes, l'irresponsabilité civile de l'instituteur était proclamée (1).

Le ministre s'appuyait sur la loi du 30 avril 1886, qui donne aux conseils de l'instruction publique seuls, le droit d'assurer la répression des fautes professionnelles commises par les membres de l'enseignement primaire public. Les particuliers qui auraient à se plaindre des propos tenus par un instituteur n'auraient de recours qu'auprès de ses supérieurs hiérarchiques, qui pourraient, le cas échéant, saisir les juridictions universitaires.

Mais, tout d'abord, ce système serait peu pratique, car les particuliers se méfieront toujours des résultats de ce recours hiérarchique. De plus, aucun texte ne dispose que l'existence d'une juridiction disciplinaire aura pour effet de supprimer le droit de recours des citoyens aux tribunaux ordinaires ; et d'ailleurs, les particuliers ne peuvent saisir directement ces juridictions disciplinaires ; dès lors, les tribunaux judiciaires ne font pas double emploi avec elles, et leur intervention est nécessaire.

Dira-t-on, ainsi que le ministre le disait implicitement, que la faute personnelle ne commence

(1) Voir l'exposé de la critique de cette thèse dans les conclusions de M. Tardieu au Tribunal des conflits.

qu'au délit caractérisé ? Mais alors, c'est donner à l'instituteur une place privilégiée comparativement aux autres fonctionnaires, pour qui la faute personnelle commence bien avant le délit. Pourquoi cette prérogative ? Aucun texte ne permet de l'organiser.

Nous ne pouvons, pour notre part, accepter la théorie ministérielle, mais nous devons reconnaître qu'un mouvement s'est créé en sa faveur, appuyé naturellement par tous les instituteurs qui apportent encore un argument : si l'on admet qu'un maître d'école, disent-ils, peut être condamné à raison de propos tenus par lui en classe, c'est le livrer à toutes les rancunes d'enfants : un élève accusera un jour son instituteur d'avoir dit un mot contre le curé, les autres élèves le répèteront sans l'avoir entendu (et pour cause), puis, à force de le répéter, ils finiront par croire que le maître l'a dit en effet. Et ils pourront le faire condamner. Nous ne pouvons croire l'âme enfantine aussi basse. Dans tous les cas, les tribunaux judiciaires n'auront qu'à faire attention pour éviter de laisser surprendre leur bonne foi.

Cette tendance que nous signalons vers l'irresponsabilité de l'instituteur s'est signalée à la Chambre par les propositions de loi de MM. Joly et Doumergue.

Le projet de M. Joly (1), qui était signé aussi

---

(1) *Journal officiel*, séance de la Chambre du 29 juin 1908, débats de la Chambre, p. 1428.

de MM. Carnaud, Violette et Zévaès, déclarait que « les articles 1382, 1383 et 1384 du Code civil ne sont pas applicables aux fonctionnaires de l'enseignement primaire public, à l'occasion de l'application, du développement et de l'interprétation des programmes, méthodes et règlements édictés par le Conseil supérieur de l'Instruction publique, ces fonctionnaires relevant exclusivement, en la matière, des tribunaux institués par la présente loi » (tribunaux disciplinaires). Le principal défaut de ce projet est d'être incomplet. En effet, il semble dire que le maître d'école sera responsable quand il sortira des programmes ou qu'il s'écartera des méthodes choisies par le Conseil supérieur de l'Instruction publique. Mais il n'indique pas comment on pourra saisir les tribunaux disciplinaires. Or, nous savons que l'on ne peut assigner un fonctionnaire devant ces tribunaux. Il ne dit pas, non plus, si l'Etat sera responsable aux lieu et place de l'instituteur.

A ces points de vue, le projet déposé, le lendemain 30 juin 1908 (1), par M. Doumergue, ministre de l'Instruction publique, sur le bureau de la Chambre, est plus complet et mieux rédigé. Il autorise, par son article premier, « tout père de famille, ou toute personne responsable d'un enfant, à saisir l'autorité académique d'une plainte

---

(1) *Journal officiel*, 2e séance de la Chambre du 30 juin 1908, débats de la Chambre, p. 1449.

contre un membre de l'enseignement public, à raison de faits accomplis dans l'exercice de sa fonction ». Le recteur ou l'inspecteur d'Académie, selon les cas, devra faire une enquête, et en communiquer les résultats au plaignant.

L'article 2 rend l'Etat « responsable de tous les dommages imputables à la faute personnelle des membres de l'enseignement public et résultant de propos ou d'écrits émanant d'eux pendant l'exercice de leurs fonctions, sauf dans les cas où ces propos ou écrits constituent des crimes ou des délits. » Le projet spécifie que « l'action doit être dirigée contre le préfet du département..., et portée devant le Tribunal civil ou le juge de paix... Toutefois, l'Etat pourra toujours mettre en cause les membres de l'enseignement public, auteurs des dommages, à l'effet de se faire garantir par eux des condamnations encourues, sans préjudice de l'action disciplinaire qu'il pourra exercer de ce chef à leur égard. » (1)

Ce qu'il faut retenir du projet, c'est la substitution de la responsabilité de l'Etat à celle des instituteurs ; l'exposé des motifs du projet fournit des arguments à l'appui de ce principe ; c'est au nom de l'Etat que l'enseignement est donné, c'est lui qui nomme les instituteurs. Mais que vaut cet argument ? L'instruction publique est un service d'Etat, soit ; mais il en est de même de tous les

(1) M. Dessoye a fait un rapport favorable à ce projet, rapport déposé à la Chambre le 12 mars 1910.

autres services publics, et l'on n'a jamais soutenu que la responsabilité de l'Etat doive être substituée à celle de tous les fonctionnaires.

Le particulier lésé sera sûr, dit encore l'exposé des motifs, d'avoir en face de lui un responsable solvable. Soit, mais le particulier hésitera souvent à poursuivre l'Etat, parce qu'il est l'Etat et que, comme tel, on le craint.

Nous n'acceptons donc pas ces arguments, et nous croyons qu'il serait mauvais de décharger les instituteurs de leur responsabilité civile. Il est à redouter que le jour où ils ne seront plus retenus par la crainte de dommages-intérêts à payer, certains parmi eux (sur un aussi grand nombre d'instituteurs, il y a certainement quelques exaltés) ne se livrent à de regrettables écarts de langage.

Si l'on craint de laisser l'instituteur exposé aux attaques aussi passionnées qu'injustifiées d'adversaires politiques, il est facile d'édicter des peines civiles contre les particuliers auteurs de poursuites téméraires (1). Ce serait, croyons-nous, le meilleur moyen et le plus pratique pour garantir les instituteurs, tout en accordant aux pères de famille l'assurance que leurs enfants seront élevés avec prudence et sagesse.

---

(1) Voir dans ce sens la note de M. Jèze dans la *Revue de droit public*, juillet, août, septembre 1908, p. 529.

§ II — Responsabilité indirecte des instituteurs

Ce paragraphe n'a plus aujourd'hui qu'un intérêt historique, nous ne nous y attarderons donc pas.

Avant la loi du 20 juillet 1899, l'instituteur était responsable, d'après l'article 1384 du Code civil, du dommage causé par ses élèves pendant le temps où ils étaient sous sa surveillance. Ceci se comprenait très bien avant 1882, alors que l'enseignement n'était pas obligatoire. L'instituteur pouvait ne recevoir dans son école que les élèves qui lui plaisaient ; il pouvait renvoyer, si cela était nécessaire, ceux qui, par suite de leurs mauvais instincts ou de leur caractère difficile, devenaient une cause de désordre et pouvaient occasionner des difficutés ou des accidents. Mais aujourd'hui, l'instituteur public n'est plus dans la même situation. Il est lié par les lois scolaires sur l'assistance obligatoire. Il ne peut refuser de recevoir à son école les élèves d'un caractère violent ou vicieux. A ce point de vue, il était bien moins en sûreté qu'un instituteur libre, puisque sa responsabilité était la même, mais qu'il ne pouvait pas y échapper.

La presse pédagogique avait très vivement mené campagne à la suite de certains arrêts de jurisprudence : un enfant a quatre dents cassées par une pierre lancée par un condisciple pendant une récréation ; le maître s'était éloigné un instant pour donner un renseignement au maire (il était secré-

taire de mairie), il fut déclaré responsable (1). Un enfant crève l'œil d'un camarade, l'instituteur fut déclaré responsable bien que l'accident se soit produit entre midi et deux heures, pendant l'intervalle des classes (2). Deux enfants se battent, l'un d'eux donne à l'autre un coup de pied dans le bas-ventre qui occasionne la mort ; quoique le tribunal reconnaisse « sa vigilance habituelle, son honorabilité incontestée et l'impossibilité où il pouvait s'être trouvé d'empêcher les coups portés à la victime », condamne l'instituteur à payer 500 francs de dommages-intérêts au père de l'enfant (3).

Ces décisions de la jurisprudence amenèrent un assez vif mouvement d'opinion en faveur des instituteurs dans le monde politique et parlementaire. Néanmoins, conformément au dernier paragraphe de l'article 1384, la jurisprudence admit assez souvent que l'instituteur n'ayant pu empêcher le dommage n'était pas tenu à le réparer. Ainsi, un enfant traverse en courant le préau où étaient les agrès de gymnastique. Il est tué par l'escarpolette (4) ; un enfant est blessé par un camarade par suite de jets de pierre ; si l'instituteur a in-

---

(1) Agen, 9 août 1897, *Gazette des Tribunaux*, 11 août 1897.

(2) Châteauroux, 24 mai 1898, D. 98-2-491.

(3) Affaire Leblanc, Tribunal correctionnel de la Seine, 23 janvier 1892, D. 93-2-490.

(4) Seine, 23 avril 1869, D. 69-5-341.

terdit de jeter des cailloux, et s'il a toujours puni ses élèves pour cette faute, il sera irresponsable (1). Il semble donc que les doléances du personnel enseignant étaient un peu exagérées, au moins quant au cas de responsabilité (2).

Elles étaient beaucoup plus justifiées, quant aux facilités accordées aux parents pour poursuivre.

Il faut, en effet, remarquer que la responsabilité de l'article 1384 était d'autant plus lourde pour les instituteurs qu'il y avait contre eux une présomption de faute qu'il était souvent difficile d'écarter. Le particulier demandeur n'avait pas à prouver que l'instituteur était en faute, c'était à lui à prouver qu'il n'y était pas (3).

---

(1) Aix, 17 décembre 1870, D. 72-2-131. — Voir aussi dans le même sens et pour un cas analogue Cass. 13 janv. 1890, D. 90-1-145 ; S. 91-1-149.

(2) Voir à ce sujet les exagérations contenues dans l'exposé des motifs du projet Lavy, *Journal officiel* du 8 juin 1890, annexe n° 1899, p. 398.

(3) La jurisprudence avait atténué les rigueurs de la loi en admettant que l'instituteur pourrait prouver que l'accident s'était produit par suite d'une faute d'éducation commise *par les parents* : ainsi, un enfant, nouvellement arrivé à l'école renverse, exprès, un autre enfant infirme et le blesse gravement. Le père est condamné à 2.000 francs de dommages-intérêts, tandis que l'instituteur est déclaré irresponsable parce que « l'acte de méchanceté de l'enfant révèle un naturel mauvais et une éducation défectueuse dont les parents seuls doivent supporter la responsabilité ». Seine, 3 avril 1897, *Gazette des Tribunaux*, 16 avril 1897. — Voir aussi Agen, 23 juin 1869, D , 70-2-223 ; — Aix, 17 décembre 1870, D., 72-2-131 ; — Nancy, 26 mai 1888, D., 90-1-145 ; — Pau, 2 juillet 1898, S., 99-2-137.

La loi du 20 juillet 1899 a remplacé la responsabilité de l'instituteur public par la responsabilité de l'Etat dans le cas de l'article 1384. Cette loi est intervenue après des pétitions déposées sur le bureau de la Chambre des députés par les instituteurs. Elles donnèrent lieu à trois projets, de MM. Malzac (1), Hubbard (2) et Lavy (3). Tous trois furent renvoyés devant une commission, et M. Samary fut chargé de faire un rapport (4). De ce rapport sortit la loi du 20 juillet 1899.

Elle est formée de deux articles : « Article 1er : La disposition suivante est ajoutée au dernier alinéa de l'article 1384 du Code civil : toutefois la responsabilité civile de l'Etat est substituée à celle des membres de l'enseignement public. — Article 2 : L'action en responsabilité contre l'Etat, dans le cas prévu par la présente loi, sera portée devant le tribunal civil ou le juge de paix du lieu où le dommage aura été causé et dirigée contre le préfet du département. »

Cette loi n'a supprimé la responsabilité des instituteurs qu'en ce qui concerne l'article 1384. Elle n'a pas touché à celle découlant pour eux des ar-

---

(1) *Journal Officiel* du 24 mars 1896, Annexe no 1837, p. 283.

(2) *Journal Officiel* du 3 juin 1896, Annexe n° 1898, p. 397.

(3) *Journal Officiel* du 8 juin 1896, Annexe n° 1899, p. 398.

(4) *Journal Officiel* du 9 mai 1898, Annexe n° 3096, p. 778.

ticles 1382 et 1383. Cela paraît évident à la lecture du texte même. Pourtant, une discussion s'est élevée sur ce point au Sénat. Mais la réponse de M. Thézard (rapporteur du projet au Sénat), tranche définitivement la question dans le sens que nous indiquons (1).

La loi, faisant passer la responsabilité de l'instituteur à l'Etat, ne change pas son étendue. L'Etat sera responsable exactement dans les cas et dans la mesure où l'instituteur l'aurait été avant la loi de 1899.

Jusqu'ici il n'y a pas de difficulté, mais voici où elle surgit : qui devra-t-on poursuivre ? L'Etat seulement ? ou l'instituteur avec lui ? Les deux théories ont été soutenues. M. Samary, dans son rapport à la Chambre (2), semblait indiquer que le particulier lésé devrait poursuivre à la fois l'Etat et l'instituteur, mais il n'apportait pas d'arguments sérieux ; il s'appuyait surtout sur ce que le maître d'école n'est que le préposé de l'Etat ; dès lors, il faudra les poursuivre solidairement. Une enquête administrative dira si l'instituteur n'a pu empêcher l'accident, et dans ce cas, « l'Etat prendra à sa charge les frais et conséquences pécuniaires du procès, quelle qu'en soit l'issue ».

Mais le rapporteur au Sénat, M. Thézard, adopta

---

(1) *Journal Officiel* du 22 mars 1899, p. 322 et suiv.

(2) *Journal Officiel* du 9 mai 1898, Annexe n° 3096, p. 778.

la théorie contraire (1) : c'est l'Etat seul qui pourra être poursuivi, et il exercera un recours contre l'instituteur si celui-ci a commis une faute personnelle. Cette théorie est, croyons-nous, la bonne. Elle découle en effet des travaux préparatoires, elle est bien dans l'esprit de la loi. Cette loi était faite pour mettre les instituteurs à l'abri des poursuites systématiques. Seraient-ils garantis si l'on adoptait la théorie de M. Samary ? Non, puisqu'on pourrait les poursuivre constamment, en même temps que l'Etat : « De deux choses l'une, disait M. Thézard : ou il y a faute personnelle, faute caractérisée, faute prouvée, et alors c'est l'instituteur que l'on doit actionner et non l'Etat (2) ; ou bien il n'y a pas cette faute... à la charge de l'instituteur, et c'est l'article 1384 qui doit être appliqué ; c'est l'Etat seul qui doit être assigné, car la proposition de loi, en disant que l'Etat sera seul responsable des accidents survenus aux élèves, dit implicitement que l'Etat seul devra être mis en cause. »

Conformément au droit commun, si l'Etat est condamné comme civilement responsable, il aura un recours contre l'auteur du fait dommageable. Il sera rare que celui-ci soit l'instituteur, car on retomberait alors dans l'hypothèse de l'article 1382.

---

(1) *Journal Officiel* du 22 mars 1899, p. 323.

(2) On est, dans ce cas, en présence de la responsabilité édictée par l'article 1382.

La Cour de cassation, il y a très peu de temps, a été appelée à trancher la difficulté : à l'école de Villeneuve, au moment de l'entrée en classe, l'instituteur est obligé de s'absenter un instant, pour une raison de force majeure, et pendant ce temps, il charge son fils de la surveillance. Deux enfants se battent et l'un d'eux a l'œil crevé. Le père de l'enfant blessé actionne l'Etat en dommages-intérêts devant le Tribunal civil de Blaye, et obtient 10.000 francs. L'Etat avait appelé l'instituteur en garantie ; mais, tant devant le Tribunal de Blaye que sur appel devant la Cour de Bordeaux, il fut débouté de son action. On reconnut, en effet, qu'aucune faute ne pouvait être reprochée à l'instituteur. L'Etat s'est pourvu en cassation ; mais la Cour a rejeté le pourvoi. Elle a décidé que « lorsque l'Etat a été, faute par lui de fournir la preuve que l'accident n'aurait pu être empêché, reconnu responsable de cet accident et condamné à des dommages-intérêts, il a le droit de se retourner contre l'instituteur et de lui demander de l'indemniser de la condamnation prononcée contre lui. Mais dans le recours en garantie exercé ainsi par l'Etat contre l'instituteur, celui-ci ne doit être déclaré responsable que suivant les termes du droit commun ; l'Etat ne peut obtenir une condamnation contre l'instituteur qu'à la condition de prouver que celui-ci a commis une faute. Si l'Etat ne fait pas cette preuve, son recours est irrecevable et

l'instituteur se trouve déchargé de toute responsabilité. » (1, 2)

Nous n'avons qu'un mot à dire de l'article 2 de la loi du 20 juillet 1899 : cet article accorde aux tribunaux judiciaires compétence pour connaître des actions intentées à l'Etat dans les cas prévus par la loi ; le particulier lésé devra s'adresser au tribunal civil ou au juge de paix du lieu où le dommage a été causé, et son action devra être dirigée contre le préfet du département. C'est là une dérogation au principe général ; les actions naissant contre l'Etat, du fait de ses préposés, doivent être portées devant les tribunaux administratifs. Normalement, donc, c'était le conseil de préfecture qui aurait été compétent. C'est un motif pratique qui a fait admettre la compétence des tribunaux judiciaires ; devant les tribunaux administratifs, l'Etat n'aurait pu appeler en garantie l'instituteur, il aurait été obligé de se laisser condamner, puis d'actionner le maître d'école devant les tribunaux judiciaires. C'est un motif de simplification qui a dicté l'article 2 de la loi.

Les instituteurs n'ont pas été pleinement satisfaits par la loi de 1899 ; ils redoutent les poursui-

---

(1) Journal *Le Temps*, 25 mai 1909.

(2) L'Etat pourra avoir, dans certains cas, un recours contre l'enfant ou le père de l'enfant. Mais ceci est en dehors de notre sujet ; voir l'article de M. Thomas dans la *Revue générale du droit* (année 1902, p. 337, *in fine*) sur la responsabilité des membres de l'enseignement public.

tes que l'Etat condamné peut intenter contre eux. Ils voudraient que la partie plaignante soit obligée à apporter la preuve de la faute de l'instituteur. Cela diminuerait évidemment le nombre des poursuites intentées contre l'Etat, civilement responsable, et par voie de conséquence, le nombre des recours en garantie de l'Etat vis-à-vis de l'instituteur (1).

C'est dans ce sens qu'est rédigé un projet de loi de M. Pierre Dupuy, sur « la responsabilité de l'Etat et de ses préposés en matière d'enseignement » (2).

D'après ce projet, la responsabilité de l'article 1382 et de l'article 1384 est supprimée pour les instituteurs publics, et mise à la charge de l'Etat. Mais ce dernier « pourra s'exonérer de la responsabilité qui pèse sur lui en prouvant que la surveillance de ses préposés a été sérieuse et régulière ». En cas de faute lourde de l'instituteur l'Etat pourrait se retourner contre lui, après que les condamnations seront devenues définitives (3).

---

(1) A. de Monzie, *Les réformes scolaires*, p. 205 et s.

(2) *Journal officiel*. Voir rapport à la Chambre des Députés de M. Guillaume Chastenet, *Journal officiel* du 27 décembre 1909. Voir le n° 9 de la 22e année du « Volume » (27 novembre 1909), p. 132.

(3) Les instituteurs ont essayé de se soustraire à leur responsabilité civile par l'organisation de « ligues autonomes » départementales qui ont pour but « de faire régner entre eux une étroite solidarité, de leur venir en aide par des conseils éclairés et au besoin par un appui pécuniaire

pour la sauvegarde de leur honneur ou de leurs intérêts matériels » (article 2 des statuts des autonomes de divers départements). Toutes ces autonomes se sont d'ailleurs fédérées pour former l' « Union solidariste universitaire » qui est « une société anonyme d'assurances mutuelles contre les risques de la responsabilité civile » (article 1 des statuts, voir aussi les articles 5, 13 et 14). La Société se substitue à ses membres et paye les frais de procédure, les dommages-intérêts civils et les indemnités quelconques auxquels ils auront été condamnés. Au 1er janvier 1909, il y avait 64 autonomes avec 36 261 adhérents et un avoir social de 96,009 fr 64 (Renseignements donnés par M. Payebien, président de l'Autonome de Saône-et-Loire).

CHAPITRE III

RESPONSABILITÉ CIVILE DES MINISTRES

Les ministres forment une catégorie à part, parmi les fonctionnaires. Dans les pays à régime non parlementaire, les ministres ne dépendent que du monarque ; mais dans les pays à régime parlementaire, au contraire, les ministres dépendent des Chambres. Celles-ci peuvent, d'un vote, les rejeter dans l'obscurité, le jour où leur politique a cessé d'être conforme aux vues de la majorité. C'est là ce que l'on a appelé la responsabilité politique ou d'une façon que nous trouvons défectueuse : la responsabilité ministérielle (1). Cette responsabilité est engagée pour le moindre acte du pouvoir exécutif, puisque tous les actes du Président de la République doivent être contresignés par un ministre. Cette responsabilité étant en dehors de notre sujet nous n'en parlerons pas.

Nous ne parlerons pas davantage de la responsabilité pénale : l'article 12, alinéa 2 de la loi constitutionnelle du 16 juillet 1875 prévoit que « les ministres peuvent être mis en accusation par la

(1) Hauriou, *Droit administratif*, p. 130.

Chambre des députés pour crimes commis dans l'exercice de leurs fonctions (et la doctrine admet qu'ils peuvent être ainsi poursuivis pour leurs délits). En ce cas, ils sont jugés par le Sénat ». Mais ils peuvent être poursuivis aussi pour les mêmes faits (crimes ou délits) par le ministère public devant la Cour d'assises ou le tribunal correctionnel (1).

Quant à leur responsabilité civile, elle est double, existant à la fois vis-à-vis de l'Etat (ainsi dans le cas de dépassements de crédit), et vis-à-vis des particuliers lésés par leurs actes. Cette dernière responsabilité seule nous intéresse.

Le ministre, plus encore que les autres fonctionnaires, doit avoir besoin d'être protégé, semble-t-il, à première vue, contre les rancunes des particuliers. En effet, le ministre, par la hauteur même de sa situation, attire les regards et les coups, dans la bataille politique. C'est à lui que s'en prendront souvent les partis d'opposition. Il est à craindre, surtout dans les pays à régime parlementaire, que les ministres soient les boucs émissaires des adversaires politiques du gouvernement.

Ce danger est d'autant plus grand, dit-on, « qu'un ministre est placé à la tête d'une administration dont les détails infinis lui sont tous imputables alors qu'un très petit nombre lui sont personnels. Un ministre est obligé de voir par les

---

(1) Voir *Journal Officiel* du 17 novembre 1880, p. 1162, la discussion entre MM. Ribot et Allain-Targé.

yeux des autres, aura-t-il à craindre que chacune des signatures qu'il délivre ne compromette son patrimoine ? Une pareille menace ne va-t-elle pas paralyser toute initiative ? décourager toute bonne volonté ? » (1)

Nous ne croyons pas qu'il faille accorder à ces arguments une bien grande force. Nous ne croyons pas que les ministres puissent être l'objet de poursuites nombreuses en pratique. En effet, les ministres, tant qu'ils sont au pouvoir, constituent une force qui effraie l'immense majorité des citoyens. On n'ose pas s'attaquer à eux. Ils sont garantis par leur pouvoir même. Nous pouvons dire avec M. Berthélemy : « En pratique, poursuivre un ministre au pouvoir pour faute commise dans le service est et demeurera toujours une entreprise téméraire. » (2)

D'ailleurs, nous n'avons qu'à voir que les poursuites contre les ministres pour faits commis par eux et lésant des intérêts particuliers, ont été rares dans l'histoire, même aux époques et dans les pays où leur poursuite était libre. Nous verrons plus loin qu'en France, à l'heure actuelle, les ministres ne sont pas plus garantis que les autres fonctionnaires ; or, on ne cite à peu près pas de poursuites intentées contre eux (3). En Angleterre, il en est de

---

(1) Inquimbert, *Responsabilité pénale et civile des ministres*, p 330.

(2) Berthélemy, *Droit administratif*, p. 73, en note.

(3) Nous ne pouvons citer qu'un cas depuis 1870 ; c'est la poursuite civile dirigée contre M. Millerand par le jour-

même ; rien ne s'oppose à la poursuite civile des ministres par un simple particulier (1). Or les exemples de tels procès sont tellement rares que l'année dernière, quand le lieutenant Wood, irrégulièrement révoqué, voulut intenter contre M. Haldane, ministre de la guerre, un procès en dommages-intérêts, cette procédure fit sensation, occasionna une interpellation à la Chambre des communes et faillit provoquer une crise ministérielle (2).

La Belgique nous fournit une preuve encore de la rareté des poursuites intentées contre les ministres ; l'article 90 de la Constitution Belge disait dans son alinéa 2 : « Une loi déterminera les cas de responsabilité. » Cette loi n'a jamais été faite. « C'est la preuve de son utilité », dit M. Errera (3).

On voit que les dangers que peuvent courir les ministres par suite des poursuites civiles, à eux intentées par des particuliers, ne sont pas grands.

---

nal *La Croix* pour diffamation dans un discours ministériel. Tribunal de la Seine, 28 février 1900, *Gazette des Tribunaux*, 1er mars 1900.

(1) Voir le *Droit constitutionnel*, de M. Esmein, p. 768 et 122.

(2) *Le Journal*, *L'Eclair*, du 28 mars 1909 ; *Le Temps*, du 29 mars.

(3) Traité de droit public belge, p. 215. La loi promise n'ayant jamais été faite, la responsabilité des ministres en Belgique est toujours réglée par l'article 90 de la Constitution : La Cour de Cassation seule, toutes chambres réunies, peut connaître des procès intentés aux Ministres après autorisation de la Chambre.

Le besoin d'une protection spéciale ne se fait donc pas sentir outre mesure.

Si l'on se demande : qui doit connaître des poursuites civiles intentées contre les ministres ? il nous semble que l'on peut se décider immédiatement pour les tribunaux ordinaires. En effet, une magistrature bien recrutée et inamovible, par conséquent garantie contre le mauvais vouloir du Gouvernement, assure les particuliers qu'ils pourront se faire rendre justice. Tandis que si l'on admet, comme on l'a fait souvent, la compétence d'une Chambre de représentants, il est à craindre que les passions politiques parlent plus fort que l'équité (1).

§ I Historique

Dans l'ancien droit, les ministres se trouvaient en somme parfaitement irresponsables vis-à-vis des particuliers (2).

Il faut arriver à 1791 pour trouver un texte législatif posant le principe de la responsabilité civile des ministres. Mais cette responsabilité est soumise à une restriction ; les ministres ne pourront être poursuivis qu'après que le Corps législatif aura constaté qu'ils ont violé la loi ; l'article 31 de la loi du 27 avril 1791 spécifie en effet que

---

(1) Voir Errera, *Traité de droit public belge*, p. 214.
(2) Inquimbert, *Responsabilité des Ministres*, p. 332.

« tout ministre contre lequel il sera intervenu un décret du corps législatif déclarant qu'il y a lieu à accusation, pourra être poursuivi en dommages-intérêts par les citoyens qui éprouveront une lésion résultant des faits qui auront donné lieu au décret.» C'était une garantie tirée du système préventif, et ce système sera le seul employé à l'exclusion du système répressif. Mais elle était très restrictive de la liberté des poursuites. En effet, pour pouvoir réclamer des dommages-intérêts il fallait une intervention du corps législatif, intervention soumise fatalement à des considérations plus politiques que juridiques. De plus, le corps législatif ne décrétait qu'il y avait lieu à accusation que si le ministre avait violé la loi. En d'autres termes les particuliers pouvaient bien réclamer des dommages-intérêts quand ils étaient lésés par un fait prévu et puni par la loi pénale ; ils ne pouvaient rien réclamer quand ils étaient lésés par un excès de pouvoir ou un délit civil.

La constitution des 3-14 septembre 1791 ne traitait pas la question de la responsabilité civile des ministres. Et la constitution de l'an III reste muette, elle aussi, sur ce sujet.

L'année d'après, la loi du 10 Vendémiaire an IV réorganise la responsabilité des ministres d'après les mêmes principes que la loi de 1791 : « Aucun ministre ne pourra être poursuivi en dommages-intérêts pour faits de son administration qu'autant que ces faits auront donné lieu à un acte d'ac-

cusation intervenu sur une dénonciation du Directoire » (article 14).

Ici encore, la possibilité d'intenter une action civile est soumise à la possibilité d'intenter une action criminelle. La loi du 10 Vendémiaire an IV avait donc les mêmes inconvénients que la loi du 27 avril 1791. Ces lois n'établissaient à la charge des ministres qu'une responsabilité à la fois incomplète et imparfaite.

La Constitution de l'an VIII ne règle pas la question de la responsabilité civile des ministres, et son article 75, qui s'occupe de la responsabilité des fonctionnaires en général, a soin de dire : « les agents du Gouvernement, autres que les ministres. » Il faut en conclure que la loi de Vendémiaire an IV continuait à régir la question. Tous les auteurs sont d'ailleurs unanimes sur ce point (1).

Le sénatus-consulte du 28 Floréal an XII organisait une Haute-Cour, formée de Sénateurs, conseillers d'Etat et conseillers à la Cour de cassation, pour juger les crimes et délits des ministres. Accessoirement, cette Haute-Cour prononçait sur les dommages-intérêts réclamés par les particuliers lésés.

La Charte de 1814 ne traitait pas la question, et il était difficile de savoir si les ministres étaient

---

(1) Voir entre autres M. Berthélemy, *Droit administratif*, p. 72; — Hauriou, *Droit administratif*, p. 131; — Inquimbert, *Responsabilité des Ministres*, p. 337 et 338.

ou non responsables de leurs actes ne constituant pas des infractions à la loi pénale (1) (2).

La jurisprudence eut à trancher la difficulté en 1828, dans l'affaire Fabien et Bisette ; ces deux commerçants avaient été condamnés aux travaux forcés par la Cour de la Martinique. Ils forment un pourvoi en cassation que le greffier de la Cour refuse de recevoir, par suite d'une erreur grossière. Ils sont transportés au bagne de Brest. Ils adressent un second pourvoi en cassation au garde des sceaux, M. de Peyronnet. Ce pourvoi, au lieu d'être transmis dans les vingt-quatre heures, comme l'exige la loi, est égaré dans les bureaux du ministère. On ne le retrouve que deux ans après. Il est enfin transmis. La Cour de Cassation casse l'arrêt de la Cour de la Martinique et renvoie les sieurs Fabien et Bisette devant la Cour de la Guadeloupe. Celle-ci les proclame innocents.

---

(1) Nous citons ici en note un projet de loi sur la responsabilité des Ministres qui mérite d'être connu à cause de son originalité. C'est le projet Farez, déposé à la Tribune de la Chambre le 23 août 1814. Les ministres sont civilement responsables de tous leurs actes. L'action civile ne peut être exercée qu'après avoir été soumise à « un conseil de conciliation ». *En cas de non-conciliation*, et si l'action est déclarée fondée, la Cour de Cassation statue, toutes chambres réunies, ou envoie l'affaire à une Cour royale. Le projet n'eut aucun succès et ne fut pas voté (Voir *Archives parlementaires*, t. XII, p 386 et p 405 et s.)

(2) Voir aussi le projet Faget de Baure déposé le 15 octobre 1815, sur la responsabilité ministérielle en général. *Archives parlementaires*, t. XIII, p. 172).

Les victimes de l'erreur judiciaire avaient subi un double préjudice moral et matériel (ils avaient été ruinés) du fait de leur condamnation et de leur détention. Ils assignèrent M. de Peyronnet comme responsable de la perte de leur pourvoi, devant le Tribunal de la Seine et lui réclamèrent 100.000 francs de dommages-intérêts. Le Tribunal, le 27 juin 1828 (1), déclara la demande non recevable parce que les poursuites contre les ministres pour faits autres que trahison et concussion, ne peuvent être intentées sans autorisation préalable.

Fabien et Bisette s'adressent au Conseil d'Etat pour obtenir l'autorisation : la requête est rejetée, parce que l'article 75 de la Constitution de l'an VIII ne s'applique qu'aux « fonctionnaires autres que les ministres ». Les plaignants demandent alors à la Cour d'appel de réformer le jugement du Tribunal. Conformément aux conclusions de l'avocat général, la Cour déclare l'action non recevable (2). L'arrêt s'appuie sur la règle de séparation des pouvoirs, qui fait défense aux magistrats de l'ordre judiciaire de connaître des actes de l'administration : « Considérant... qu'en l'absence de lois particulières sur la responsabilité des ministres, l'autorité judiciaire ne peut être saisie d'aucune action dirigée contre eux pour raison de leurs fonctions ; considérant que la demande for-

---

(1) S. 1829-2-225.
(2) S. 1829-2-225.

mée contre le comte de Peyronnet repose sur un fait relatif à ses fonctions de ministre ... » (1)

En somme, cet arrêt aboutissait en pratique à admettre l'irresponsabilité civile des ministres pour leurs fautes non délictuelles. En effet, ils ne pourraient être condamnés à des dommages-intérêts qu'après avoir été jugés au criminel par un tribunal d'exception.

Quel était ce tribunal ? Ce tribunal était-il compétent pour statuer sur les demandes en dommages-intérêts ? La question se posa à propos de la mise en accusation des ministres de Charles X. Un certain nombre de particuliers qui avaient subi un préjudice par suite de la Révolution de juillet réclamèrent des dommages-intérêts aux ministres de Charles X comme responsables des événements de 1830. Ils s'adressèrent pour cela à la Cour des Pairs devant laquelle la Chambre des députés avait envoyé les ministres. Mais la Cour des Pairs, dans un arrêt en date du 29 novembre 1830 (2), « ne se trouve pas constituée de manière à statuer sur des intérêts civils ». Et elle déclare que « ne seront appelés ni reçus dans les débats aucun intervenant ou partie civile, tous

(1) Ce qu'il faut remarquer, c'est que les demandeurs n'ont pas pu poursuivre le Ministre. Si la poursuite avait eu lieu, d'ailleurs, M. de Peyronnet n'aurait pu être condamné, car on ne pouvait relever à sa charge aucune faute personnelle, mais seulement une faute des bureaux du ministère.

(2) *Archives parlementaires*, tome 65, p. 38.

leurs droits réservés pour se pourvoir, s'il y a lieu, ainsi qu'ils aviseront ». Mais si la Cour des Pairs se déclarait incompétente pour connaître des poursuites à fins civiles, elle admettait la compétence des tribunaux judiciaires ; cela ressort très clairement du rapport fait par le comte Bastard.

Le 3 décembre 1832, M. Devaux présenta à la Chambre des députés un projet admettant la responsabilité civile des ministres, pour les délits ou crimes qui auront été déférés à la Chambre des Pairs par la Chambre des Députés. Les Pairs pouvaient statuer sur la demande de la partie civile ou bien renvoyer celle-ci à se pourvoir devant les tribunaux civils (1).

Quelques jours après, le 12 décembre, M. Barthe présenta un autre projet (2), au nom du Gouvernement, plus libéral, plus favorable aux particuliers lésés. Jusqu'ici, les particuliers ne pouvaient que se porter partie civile quand un ministre serait accusé par la Chambre des Députés. Ils ne pouvaient mettre eux-mêmes en mouvement la procédure d'accusation. Avec le projet Barthe, les particuliers pouvaient citer eux-mêmes les ministres devant la Chambre des Pairs ; ils devaient néanmoins se pourvoir à l'avance de l'autorisation de la Chambre des Députés, qui examinerait s'il y avait bien crime ou délit. Ce qu'il faut rete-

(1) *Archives parlementaires*, tome 78, p. 56, 97 et 102.
(2) *Archives parlementaires*, tome 78, p. 232.

nir, c'est le progrès suivant : d'après ce projet, les particuliers peuvent demander à la Chambre des Députés de poursuivre tel ministre, et la Chambre sera obligée d'examiner leur demande. La publicité des débats en résultant était une garantie pour les particuliers.

Les deux projets Devaux et Barthe furent envoyés devant la même commission, et M. Bérenger fit un rapport sur la question, le 20 avril 1833 (1). La responsabilité civile n'est pas admise encore pour les fautes non délictuelles. Et malgré la protestation de M. Rauter, le principe ne fut pas adopté.

Le 1er décembre 1834, M. Persil présente un nouveau projet (2) qui n'est autre que le projet Barthe, plus clairement rédigé, le fond restant entièrement le même. Le projet fut renvoyé à une commission et donna lieu à un rapport de M. Sauzet le 5 mars 1835 (3).

Les deux commissions qui avaient été nommées pour étudier les projets de 1832 et de 1834 publièrent les mêmes conclusions. La Chambre des Députés en adopta certaines, repoussa les autres. La Chambre des Pairs repoussa le tout.

La Constitution de 1848 traitait la question qui nous intéresse dans son article 98 : « Dans tous les cas de responsabilité des ministres, l'Assem-

---

(1) *Archives parlementaires*, tome 82, p. 753.
(2) *Archives parlementaires*, tome 91, p. 95.
(3) *Archives parlementaires*, tome 96, p. 40.

blée Nationale peut, selon les circonstances, renvoyer le ministre inculpé soit devant la Haute-Cour de justice, soit devant les tribunaux pour les réparations civiles. » Ainsi, deux cas peuvent se présenter : ou bien le ministre a commis un fait prévu et puni par la loi pénale, un crime ou un délit, et dans ce cas l'Assemblée Nationale le renverra devant la Haute-Cour de justice, qui statuera, s'il y a lieu, sur les dommages-intérêts à allouer aux particuliers lésés (1) ; ou bien le ministre n'a commis qu'un délit civil et l'Assemblée pourra, à la requête des particuliers, l'envoyer devant les tribunaux judiciaires.

La Constitution de 1852 ne prévoyait que la responsabilité pénale des ministres, devant la Haute-Cour, après mise en accusation par le Sénat. Dans ce cas, la Haute-Cour pouvait allouer des dommages-intérêts aux particuliers lésés. L'article 98 de la Constitution de 1848 était donc abrogé (2).

Il est donc permis de se demander ce qu'était devenue la responsabilité civile : il semble que le principe antérieurement admis ait survécu, et que la Haute-Cour ait eu compétence pour connaître des dommages-intérêts à allouer aux particuliers

---

(1) Voir dans ce sens Esmein, *Droit administratif*, p. 769, note 1.

(2) Voir dans ce sens Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 769, note 2 ; — *Contrà* voir Berthélemy, *Droit administratif*, p. 73 : « La Constitution de 1848... est le dernier texte qui règle la matière. »

lésés par des actes délictuels ayant amené la comparution d'un ministre devant ce tribunal d'exception : le fait ne s'est pas présenté et la seule jurisprudence que l'on puisse citer est la suivante : Le sieur Sandon avait adressé au Conseil d'Etat une demande en autorisation de poursuites à fins civiles, contre M. Billaut, ministre de l'Intérieur, pour séquestration arbitraire. Le Conseil d'Etat, le 28 janvier 1863, rejeta la demande : « Considérant que les faits à raison desquels l'autorisation de poursuivre M. Billaut est demandée se rattacheraient à l'exercice de ses fonctions comme ministre de l'Intérieur ; qu'aux termes de l'article 13 de la Constitution du 14 janvier 1852, les ministres ne peuvent être mis en accusation que par le Sénat... déclare qu'il n'y a pas lieu à statuer. » (1)

Si le ministre avait été mis en accusation par le Sénat, le sieur Sandon aurait pu demander des dommages-intérêts.

En somme, on peut dire que jusqu'en 1870, le principe qui a régné dans la législation et la jurisprudence, c'est le principe de l'autorisation préalable accordée par l'une des assemblées législatives, Chambre Haute ou Chambre des Députés, suivant l'époque. Nous allons voir quel a été l'effet du décret de 1870 sur cette restriction à la liberté des poursuites.

---

(1) Lebon, 1863, p. 1006. — Voir dans le même sens affaire Barbat contre Ministre de l'Agriculture et du Commerce, 20 décembre 1868.

§ II. — Etat actuel de la question

Deux théories sont en présence : l'une, adoptée par MM. Laferrière et Faustin-Hélie, soutient que le décret-loi de 1870 ne s'applique pas aux poursuites à fins civiles dirigées contre les ministres. L'autre théorie, soutenue par la très grande majorité des auteurs, admet, au contraire, que le décret du 19 septembre a fait disparaître toutes les entraves mises aux poursuites civiles dirigées contre les ministres.

M. Laferrière, après avoir étudié les divers précédents législatifs ayant trait à la question, déclare que l'esprit de la législation « répugne à l'idée qu'il puisse exister, en dehors de la responsabilité ministérielle politique et pénale, qui ne relève que des Chambres, une responsabilité ministérielle d'un autre ordre, qui relèverait des tribunaux judiciaires et qui permettrait de leur soumettre, à la requête de toute partie qui se prétendrait lésée, l'exercice même de la fonction ministérielle » (1). Pour M. Laferrière, il paraît résulter de l'ensemble de notre droit constitutionnel, écrit ou non écrit, que la responsabilité ministérielle ne peut pas être mise en jeu sous quelque

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, p. 607.

forme que ce soit, sans une intervention du pouvoir parlementaire (1).

Le décret de 1870 avait pour but d'abroger l'article 75 de la Constitution de l'an VIII. Or, les ministres n'étaient pas soumis à cet article, il n'est donc pas étonnant que rien n'ait été changé dans leur responsabilité civile. Dès lors, les tribunaux civils seront compétents pour connaître des actions à fins civiles qui leur seront intentées, quand la Chambre, investie du droit d'accusation, leur aura renvoyé cette action. Mais si l'action était intentée à raison d'un acte administratif du ministre, le conflit pourrait être élevé ; ce serait, en effet, une simple conséquence de la règle de séparation des fonctions, règle fondamentale de notre droit administratif. Voilà la théorie de M. Laferrière. A l'heure actuelle, elle est à peu près complètement abandonnée.

On admet maintenant d'une façon générale que les textes qui établissaient comme garantie administrative des ministres, l'examen préalable par le pouvoir législatif, ont perdu leur valeur constitutionnelle. Ces textes, en effet, sont les lois du 27 avril 1791, 10 vendémiaire an IV, et les constitutions de 1848 et de 1852. Tous ces textes sont des textes *politiques* et non pas *administratifs* ; ils ne doivent pas, dès lors, avoir survécu aux régimes politiques qui les ont vu naître (2).

---

(1) *Ibid.*, p. 610.

(2) Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 769 ; — Hauriou, *Droit administratif*, p. 130.

De plus, si l'on étudie le texte même du décret de 1870, on voit qu'il est rédigé d'une façon absolument générale : « L'article 75 de la Constitution de l'an VIII est abrogé. *Sont également abrogées toutes autres dispositions des lois générales ou spéciales,* ayant pour objet d'entraver les poursuites dirigées contre les fonctionnaires publics *de tout ordre.* » Le décret fait donc plus qu'abroger l'article 75 ; il supprime complètement (au moins en principe) le régime préventif. Il faut donc considérer comme supprimée la nécessité de l'examen préalable de la poursuite par le pouvoir législatif. C'était, d'ailleurs, « le vœu bien net, non seulement du parti républicain, mais encore de tout le parti libéral à la fin du Second Empire » (1). Et nous savons que c'est ce parti qui a dicté le décret de 1870 au Gouvernement de la Défense Nationale (2).

---

(1) Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 771. — Voir dans le même sens Berthélemy, *Droit administratif*, p. 73 ; — Duguit, *Droit constitutionnel*, p. 1076.

(2) La jurisprudence n'a pas eu à choisir entre la théorie de M. Laferrière et celle des autres publicistes. Car depuis 1870, le cas ne s'est pas présenté : une seule affaire aurait pu donner lieu à trancher la difficulté. C'est l'affaire du journal *La Croix* contre M. Millerand. Mais le Tribunal de la Seine a préféré laisser la question en suspens en se déclarant incompétent « soit qu'on dût admettre le maintien des entraves anciennes aux poursuites contre les ministres, soit qu'on dût accepter l'abrogation de ces entraves par le décret de 1870. Et le Tribunal se basait, pour se déclarer incompétent, sur ce que « on ne pouvait apercevoir, dans le fait reproché, aucune faute personnelle » (Tribunal de la Seine, 29 février 1900, *Gazette des Tribunaux*, 1er mars 1900.)

Mais alors, les poursuites civiles contre les ministres ne sont-elles soumises à aucune réglementation spéciale ? Peut-on poursuivre un ministre comme un simple particulier ? Non, évidemment, car il ne faut pas oublier que les ministres, en étant les premiers fonctionnaires, sont fonctionnaires tout de même, et comme tels ils ont droit aux mêmes garanties : le décret-loi de 1870 a fait disparaître la garantie de forme qui résultait pour eux de l'examen préalable par le corps législatif, mais il a laissé subsister la garantie de fond : ils ne seront responsables comme les autres fonctionnaires, que de leur faute personnelle, non de leur faute fonctionnelle. Si donc un particulier poursuivait un ministre à raison d'un acte administratif, le conflit pourrait et devrait être élevé (1-2).

Les ministres, à l'heure actuelle, ne jouissent donc pas d'une situation privilégiée pour leur responsabilité civile. La garantie particulière qui les a couverts si longtemps dans l'histoire a disparu,

---

(1) Hauriou, *Droit administratif*, p. 132 ; — Berthélemy, *Droit administratif*, p 73 ; — Esmein, *Droit constitutionnel*, p. 771 ; — Duguit, *Droit constitutionnel*, p. 1076 ; — Clos, *Responsabilité des ministres*, p. 235.

(2) Le Tribunal des conflits, le 5 mai 1877, dans l'affaire Laumonnier-Carriol, a validé le conflit élevé au sujet d'une action en responsabilité civile dirigée à la fois contre un préfet et deux anciens ministres des finances. Le conflit a été validé à l'égard de toutes les parties à raison du caractère administratif des actes incriminés.

mais il ne s'ensuit pas pour cela que les poursuites contre eux doivent être plus nombreuses et plus fréquentes, ce qui prouve bien la parfaite inutilité de la précaution prise par tant de gouvernements successifs.

CHAPITRE IV

RESPONSABILITÉ DES CONSERVATEURS DES HYPOTHÈQUES

Les articles 2197, 2198 et 2199 du Code civil traitent de la responsabilité des conservateurs des hypothèques. Puisqu'un texte spécial a été rédigé à leur intention, c'est qu'ils ne sont pas soumis aux mêmes règles de responsabilité que les autres fonctionnaires. Nous allons donc étudier cette dernière exception. Nous l'étudierons brièvement, car il n'y a pas grande difficulté, ni grand intérêt en la matière, du moins au point de vue qui nous occupe.

Pourquoi les conservateurs des hypothèques ne jouissent-ils pas des mêmes garanties qu'ont les fonctionnaires ordinaires ? On peut donner à cette question plusieurs réponses. On a dit tout d'abord qu'ils n'étaient pas des fonctionnaires, mais des officiers publics (1). Ils ont l'apparence de fonctionnaires en ce sens qu'ils sont chargés de la perception de certains impôts : droits d'hypothèque

(1) Voir H. Baumes, *De la responsabilité des conservateurs des hypothèques*, p. 12.

et droits de timbre. Mais ils sont officiers publics en ce sens qu'ils sont payés par les particuliers qui ont recours à leurs services (qui sont obligatoires comme ceux des autres officiers publics), pour effectuer les diverses formalités relatives aux hypothèques (1).

Nous ne pouvons partager cette idée. Qu'importe que les conservateurs des hypothèques soient payés par les particuliers pour les services qu'ils leur rendent ! Ils assurent, en somme, un service public, et à ce titre, ils sont fonctionnaires au sens large du mot. Cela suffit (2).

Nous croyons que le vrai motif qui a empêché le législateur de donner aux conservateurs les garanties qu'il a données aux autres fonctionnaires doit être cherché dans le domaine pratique : le conservateur des hypothèques est tenu de remplir un certain nombre de formalités de l'inobservation desquelles peut résulter un grave préjudice pour les particuliers. Un simple défaut d'attention de sa part peut avoir les conséquences les plus funestes pour les intérêts des simples citoyens. Il faut que ceux-ci puissent aisément obliger le fonc-

(1) Tribunal de Mayenne, 5 juin 1889. — Tribunal d'Argentan, 5 déc. 1893, arrêts cités par H. Baumes, p. 13.

(2) C'est aussi l'avis de M. Renon (*De la responsabilité du conservateur des hypothèques*). Mais il ajoute, et ici nous ne pouvons plus le suivre : « Le droit commun est donc de tous points applicable aux fonctionnaires qui seront responsables de toute faute, fût-ce la plus légère. » (p. 20).

tionnaire coupable à réparer sa négligence. C'est l'idée qui a dicté la loi du 11 Brumaire an VII qui établissait, en son article 52, la responsabilité des conservateurs comme elle le fut plus tard par le Code civil.

L'article 2197 du Code civil qui règle la matière est ainsi conçu : « Ils (les conservateurs) sont responsables du préjudice résultant : 1° de l'omission sur leurs registres, des transcriptions d'actes de mutation, et des inscriptions requises en leurs bureaux ; 2° du défaut de mention dans leurs certificats, d'une ou de plusieurs des inscriptions existantes, à moins, dans ce dernier cas, que l'erreur ne provînt de désignations insuffisantes qui ne pourraient leur être imputées. »

Mais ce texte n'a rien de limitatif ; les deux cas prévus sont, et de beaucoup, les plus fréquents : ainsi un conservateur qui se tromperait en inscrivant une hypothèque sur le montant de la créance, et qui mentionnerait dans l'inscription un chiffre inférieur à la réalité, serait responsable vis-à-vis du créancier hypothécaire, jusqu'à concurrence de la différence entre les deux sommes (1).

En somme, il est admis par une jurisprudence constante que les conservateurs des hypothèques sont soumis à une responsabilité civile semblable

---

(1) Baudry-Lacantinerie, *Précis de droit civil*, t. II, p. 1102.

à celle du droit commun (1) : il suffira pour que cette responsabilité soit en jeu qu'ils soient en faute et qu'ils aient occasionné un dommage à des particuliers.

Deux actions peuvent être intentées par les citoyens lésés : une action réelle, tout d'abord, sur le cautionnement versé par le conservateur.

Mais si le cautionnement est insuffisant pour réparer le préjudice causé, le particulier lésé a encore une action personnelle contre le conservateur.

Ces actions se prescrivent par dix ans à dater du jour où ils ont cessé leurs fonctions (loi du 21 Ventôse an XII, articles 7 et 8). Mais tant que les conservateurs sont en fonctions, c'est la prescription trentenaire qui seule peut courir.

---

(1) Paris, 5 décembre 1811, S. 11-2-239 ; — Cassation, 25 juin 1821, S. 21-1-344 ; — Cassation, 29 avril 1829, S. 29-1-182 ; — Cassation, 8 mai 1843, S 43-1-391 ; — Cassation, 22 août 1853, D. 54-1-364 ; — Cassation, 13 avril 1863, S. 63-1-297, etc.

APPENDICE

RESPONSABILITÉ DE L'ÉTAT POUR FAUTE DE SES FONCTIONNAIRES

La simple justice exige que quand un particulier est lésé, la lésion soit toujours réparée. Nous avons vu qu'en cas de faute personnelle du fonctionnaire, ce sera le patrimoine de ce dernier qui réparera la lésion. En cas de faute fonctionnelle, ce sera l'Etat qui répondra civilement de la faute de son agent, parce que, dans ce cas, la faute, source du dommage, provient de la formation même de l'organisme social ; ce n'est pas une faute des fonctionnaires-rouages du mécanisme, c'est une faute du mécanisme lui-même (1).

On n'est pas arrivé directement à cette conception : l'Etat ne s'est reconnu responsable que tard dans l'histoire : au début, irresponsabilité complète, puis, peu à peu, on arrive au « Reichstaat », Etat de droit ; avec l'actuelle organisation, le particulier peut toujours faire valoir ses droits, soit contre un fonctionnaire, soit contre l'Etat.

---

(1) Barthélemy, *Essai sur les droits objectifs des administrés*, p 39.

Il nous faut voir d'abord sur quelle notion est basée la responsabilité de l'Etat. Certains auteurs admettent que l'Etat est responsable, parce qu'il doit réparer les dommages nés de ses *fautes*. Ce sont évidemment les auteurs qui admettent la personnalité de l'Etat, entre autres les partisans de la théorie dite « de l'être collectif réel » (1).

Cette théorie admet l'existence d'une volonté collective, proche de la somme algébrique des volontés individuelles. Il y a, à proprement parler, un *être* collectif, une « individualité sociale ». « De la somme, ou plutôt de la combinaison des volontés particulières, se dégage la volonté générale ou corporative, comme de la juxtaposition et de l'organisation des êtres vivants qu'on nomme des cellules, se dégage un autre être vivant. » (2) Cette volonté personnelle qu'a la collectivité entraîne nécessairement l'existence d'une responsabilité collective différente des responsabilités particulières des individualités. Cette volonté de la personne collective peut commettre des fautes ; c'est le patrimoine de cette même personne collective qui les réparera.

---

(1) Gierke, *die Genossenschaftstheorie*. — Voir aussi Hauriou, De la personnalité comme élément de la réalité sociale, *Revue générale du droit*, 1898, p. 5 et suiv., 119 et suiv.

(2) Mestre, *Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale*, p. 199.

D'autres auteurs (1) admettent une théorie toute proche de celle-là comme résultats pratiques, en disant que la volonté des représentants du groupe « ne sera toujours métaphysiquement que la volonté d'individus isolés, mais socialement, elle devra ou pourra être regardée comme formant la volonté du groupe ». Dès lors, cette volonté sociale du groupe, distincte de la volonté individuelle des gouvernants, entraîne la responsabilité.

Ces deux théories admettent la possibilité d'une faute de l'Etat, dans un acte de sa volonté. Nous sommes donc en présence d'un cas de responsabilité directe, et c'est l'article 1382 qui régira les faits dommageables.

Mais nous trouvons la responsabilité indirecte de l'Etat soutenu par un grand nombre de civilistes qui font du fonctionnaire le mandataire ou le préposé de l'Etat (2). Dans ce cas, c'est l'article 1384 qui fera retomber sur l'Etat la responsabilité née d'une faute du fonctionnaire. Mais il faut remarquer que cette responsabilité indirecte repose,

---

(1) Ainsi M. Michoud, dans « La notion de la personnalité morale », *Revue du droit public*, 1899, t. III ; — Voir aussi Bailby, *La responsabilité de l'Etat envers les particuliers*, p. 33 et suiv.

(2) Voir entre autres Perriquet, *Les Contrats de l'Etat ;* — A. Guérin, *De la responsabilité des fonctionnaires ;* — Balicki, *L'Etat comme organisation coercitive ;* — Tissot, *Principes de droit public ;* — Dareste, *La justice administrative ;* — Beaudry-Lacantinerie et Wahl, *Droit civil ;* — Sourdat, *Traité de la responsabilité*, etc., etc.

elle aussi, sur une faute de l'Etat : faute dans le choix de ses agents ou faute dans leur surveillance.

Mais ces théories, croyons-nous, ne répondent pas exactement à la réalité. Nous ne pouvons admettre, pour notre part, la théorie de la réalité des personnes morales. Pour nous, on ne peut considérer l'Etat que comme une personne fictive : l'Etat est une personne morale en ce sens que « les Français sont *collectivement* propriétaires de biens et titulaires de droits ; ils ont à eux tous un patrimoine *collectif* qui n'est pas plus à la disposition de chacun d'eux que les biens d'une société de commerce n'appartiennent à chaque associé, pris individuellement. » (1)

Cette théorie, qui nous semble excellente, éclaire très vivement la question qui nous intéresse ; on conçoit très nettement que ce patrimoine collectif puisse servir à indemniser les membres de la Société-Etat des risques que cette association peut leur faire courir par le fait même de son existence et de son organisation. La responsabilité de l'Etat sera donc basée sur l'idée de risque et d'assurance sociale. L'Etat est organisé pour assurer le plus grand bien du plus grand nombre. Chaque administré a droit à ne pas contribuer pour plus que sa part aux charges de la collectivité : c'est le principe de l'égalité de contribution aux char-

---

(1) Berthélemy, *Droit administratif*, p. 33.

ges publiques. Et c'est le rôle de l'Etat de maintenir cette égalité des charges. Dès lors, si un particulier est lésé par un acte devant profiter à tous, il est juste qu'il soit indemnisé par tous, c'est-à-dire par l'Etat.

Mais doit-il être indemnisé dans tous les cas ? N'y a-t-il aucune exception ? L'équité ne peut pas suffire, en droit positif, comme source d'action en réparation contre l'Etat. On peut faire valoir que si l'Etat est obligé de se préoccuper des intérêts particuliers qu'il lèse quand il prend une décision intéressant la collectivité, tout progrès se trouve arrêté : aucune loi ne peut être favorable à l'universalité des individus ; ce serait vouer un gouvernement à l'impuissance que d'exiger qu'il indemnise les particuliers lésés par un acte législatif général. De plus, si l'on admet l'existence d'une sorte d'assurance mutuelle contre la mauvaise marche des services de l'Etat, il en résulte que certains actes administratifs ne peuvent pas donner lieu à réparation (1). En effet, l'assurance ne peut garantir que contre les risques provenant de certains actes de l'administration. Cette assurance n'est pas générale : les pouvoirs législatifs et judiciaires sont au-dessus d'elle parce qu'ils doivent être, de toute nécessité, au-dessus des dis-

(1) Cette théorie de l'assurance mutuelle est celle de M. Hauriou et elle a été fort bien développée dans la thèse de M. Rajon : *Responsabilité de l'administration du fait de ses agents*, p. 35 et suiv.

cussions, comme ils sont au-dessus des particuliers.

Cette théorie n'est peut-être pas très satisfaisante ; peut-être est-elle un peu superficielle ; elle procède par « à peu près » et les « à peu près » ne sont pas de mise dans une théorie juridique. Mais elle a le mérite de réfléter assez exactement les tendances de la jurisprudence.

Nous avons dit que les actes législatifs étaient en dehors et au-dessus de toute responsabilité de l'Etat. Il en est de même pour les actes diplomatiques, car il importe que le Gouvernement ait toute latitude dans ses rapports avec les autres nations, et qu'il ne soit pas gêné par la crainte de léser des intérêts particuliers.

Pour ce qui concerne les actes juridictionnels (1), l'irresponsabilité de l'Etat est encore, comme dans les cas précédents, une nécessité sociale. En effet, si un plaideur, mécontent d'un jugement, après avoir épuisé toutes les voies de recours, après que la décision des tribunaux est définitive, si ce plaideur pouvait poursuivre l'Etat en responsabilité pour avoir mal jugé, il remettrait en question indirectement tout son procès, ce qui est inadmissible. D'ailleurs, cette théorie a été implicitement admise par la loi du 8 juin 1895 sur la revision des procès criminels. Cette loi permet d'allouer des dommages-intérêts au condamné in-

(1) Voir Duguit, *Manuel*, p. 668.

nocent. La condamnation, qui était intervenue pourtant dans l'intérêt social, lésait un intérêt particulier ; on répare cette lésion dans la mesure où cela est socialement possible.

Nous en arrivons enfin à étudier la responsabilité de l'Etat résultant des actes administratifs ; et nous rencontrons ici deux opinions bien diverses.

Une première opinion distingue parmi les actes administratifs, les actes d'autorité et les actes de gestion. L'Etat ne serait responsable que dans le cas de faute fonctionnelle d'un de ses agents faisant un acte de gestion.

Une seconde opinion ne fait pas cette distinction et admet la responsabilité de l'Etat dans tous les cas de faute fonctionnelle, quelle que soit la nature de l'acte que fait l'agent, que ce soit un acte de gestion ou même un acte d'autorité. C'est à cette dernière théorie que nous nous rallions, mais nous devons étudier néanmoins la doctrine qui distingue et différencie les actes des agents de l'Etat, suivant que ce sont des actes d'autorité ou des actes de gestion. Mais cette théorie, quoiqu'on tende à l'abandonner depuis les arrêts Tomaso Grecco et Zimmermann, a encore de nombreux et de savants partisans (1) : M. Laferrière

---

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 174 et suiv. ; — Berthélemy, *Traité de droit administratif*, p. 76 et suiv. ; — Hauriou, *Droit administratif*, p. 486 et suiv. ; — Picot, *De la responsabilité de l'Etat du fait de ses préposés*, p. 108 et suiv. ; — Nézard, *Théorie*

nous dit que « lorsqu'il s'agit d'actes de puissance publique, la règle qui domine est celle de l'irresponsabilité pécuniaire de l'Etat » (1). Tandis qu'il ajoute que « les actes de gestion faits dans l'intérêt des services publics peuvent donner lieu à une indemnité lorsqu'ils constituent des fautes préjudiciables à autrui. » (2) Beaucoup d'auteurs ont partagé cette manière de voir, et même à l'étranger nous retrouvons cette distinction entre l'acte de puissance publique et l'acte de gestion. Ainsi, en Allemagne, une jurisprudence constante et une doctrine inébranlable distingue l'Etat agissant comme fisc, c'est-à-dire faisant des actes de gestion, et l'Etat agissant comme gouvernement, c'est-à-dire faisant acte d'autorité, acte de personne publique (3). De même, en Italie, la doctrine distingue l'Etat personne privée, faisant des actes *jure gestionis,* et l'Etat personne publique,

---

juridique de la fonction publique, p. 655 et suiv. ; — Becquet, *Répertoire,* v° Fonctionnaire public, n° 26 ; — Rajon, *Responsabilité de l'administration,* p. 45 et suiv. ; — Bailby, *Responsabilité de l'Etat*, p. 50 et suiv. ; — Dareste, *La justice administrative en France*, p. 222 ; — Ducrocq, *Cours de Droit administratif*, t. II, n° 423 et 427 ; — Sourdat, *De la responsabilité*, n° 1304 et suiv.

(1) Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, t. II, p. 174.

(2) *Ibid.*, p. 176.

(3) Löning, *Die Haftung des Staats aus rechtwidrigen Handlungen seiner Beamten*, p. 93.

qui agit *jure imperii* (1). En Belgique, il en est de même (2).

On voit que cette distinction est aussi répandue qu'importante. Pourtant, la ligne de démarcation n'est pas commode à faire entre l'acte d'autorité et l'acte de gestion. Il faudrait un critérium : on a essayé de le trouver dans la nature du service pour lequel a été fait l'acte en question ; mais l'acte fait par l'Etat pour organiser un monopole, par exemple, est toujours un acte d'autorité quel que soit le service monopolisé. On citerait ainsi une foule d'exemples mettant ce critérium en défaut. Ce n'est pas non plus la qualité de l'agent qui va nous fournir notre critérium. En effet, le même agent fait tantôt des actes de gestion et tantôt des actes d'autorité (3) ; ainsi, un maire prend un arrêté interdisant de laisser errer des chiens non muselés, il fait un acte d'autorité ; il traite avec un entrepreneur pour faire exécuter un travail quelconque, il fait un acte de gestion.

---

(1) C'est du moins l'avis de M. le professeur Giorgi, cité par M. Bailby (*Responsabilité de l'État*, p. 54), et c'est aussi l'opinion de M. Bonasi, cité par M. Rabany (La Responsabilité des fonctionnaires en Italie, *Revue générale d'administration*, novembre 1900, p 367).

(2) Cassation Belge, 3 mars 1892, Pasicrisie, 92-1-119 ; — Bruxelles, 22 mai 1890, Pasicrisie, 90 3-352 ; — Liège, 24 juillet 1872, Pasicrisie, 72-3 333 ; — Liège, 16 juin 1887, Pasicrisie, 87-3-381.

(3) Picot, *Responsabilité de l'État*, p. 124.

M. Berthélemy prend comme critérium le caractère d'après lequel agit l'auteur de l'acte. Je m'explique : l'agent a-t-il agi pour le compte de l'Etat, comme agirait un citoyen quelconque pour son propre compte ? L'acte aurait-il pu être fait par n'importe qui, pour l'administration de n'importe quel patrimoine ? C'est alors un acte de gestion. L'auteur de l'acte a-t-il agi, au contraire, étant revêtu d'un caractère spécial, non commun à tous les hommes ? A-t-il agi en ordonnant ou en défendant ? C'est alors un acte d'autorité. Ce critérium est le seul acceptable, croyons-nous (1).

En résumé, cette théorie admet la responsabilité de l'Etat dans le seul cas de faute fonctionnelle dans un acte de gestion. La faute fonctionnelle qui vicie un acte d'autorité, ne fait encourir à l'Etat aucune responsabilité.

La jurisprudence a eu, au sujet de la responsabilité de l'Etat, une évolution curieuse à suivre : Tout d'abord, avant 1873, la jurisprudence civile appliquait d'une façon générale à l'Etat l'article 1384 du Code civil, quand il y avait à juger un cas de responsabilité pour faute d'un fonctionnaire. Avant cette date, la Cour de cassation ne distinguait pas si l'acte accompli était un acte d'autorité ou si c'était un acte de gestion.

---

(1) Quoique acceptable, nous croyons ce critérium inutile, puisque nous ne nous servirons pas de la distinction entre les actes d'autorité et les actes de gestion. Le critérium proposé par M. Berthélemy a été adopté aussi par M. Bailby (Voir *Responsabilité de l'État*, p. 50 et s.)

Ainsi, un arrêt de la Cour de cassation, en date du 30 janvier 1843, admet que « l'administration des Postes est placée sous le droit commun, formulé dans l'article 1382 du Code civil » (1). Et le 15 juin 1872, la Cour de cassation, dans l'affaire Martin, basait son jugement sur ce que « le principe de la responsabilité écrit dans les articles 1382 et 1384 du Code civil, est général ; il s'applique même aux administrations et aux régies investies du droit de poursuivre devant les tribunaux la répression des contraventions fiscales. Pour qu'il en soit autrement, il faudrait un texte formel qui ait dérogé, en ce qui concerne ces administrations, aux principes du droit commun. Or, ce texte n'existe pas. » (2)

La jurisprudence administrative ne suivait pas la même doctrine. Elle faisait la distinction entre les actes de gestion et les actes d'autorité : les premiers faisaient encourir à l'Etat la responsabilité édictée par le Code civil, tandis qu'il était responsable pour ses actes de puissance publique. Cette théorie se défend ainsi : le Code civil n'a entendu régler que les rapports juridiques qui s'établissent entre particuliers, il n'a pas eu en vue ceux qui se créent entre ces derniers et l'Etat, quand celui-ci agit comme personne publique ;

---

(1) Sirey, 43-1-353, affaire Depeyre. Voir aussi arrêt de la cour d'Agen, même affaire, S. 43-2-476. Voir dans le même sens affaire Brun, 19 déc. 1854 S. 55-1-265.

(2) S. 73-1-45.

quand l'Etat agit comme personne privée, c'est-à-dire quand il gère son domaine privé ou qu'il fait, en tant qu'Etat, des actes de gestion, il est soumis au droit commun ; au contraire, quand il agit en tant qu'Etat, impérativement, en faisant acte d'autorité, la raison d'Etat s'oppose à sa responsabilité (1).

Pourtant, ce n'était pas là une règle générale, et le Tribunal des conflits déclara irresponsable l'Etat pour un acte de gestion dommageable ; nous voulons parler de la trop fameuse affaire Blanco (2), que M. Robert Picot déclare « quelque peu confondante », et que M. Berthélemy trouve même « monstrueuse » (3) : un enfant est tué par un wagonnet poussé sur la voie publique par des ouvriers d'une manufacture de tabacs. L'Etat fut déclaré irresponsable, par suite « de la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les droits privés ».

Mais ce n'était là qu'une erreur passagère, et la jurisprudence administrative revint vite à ses

---

(1) Responsabilité résultant d'actes de gestion : Cons. d'Ét , 16 déc. 1839, Lebon, 593 ; — 27 mai 1839, Lebon, p. 306 ; — 3 sept. 1844, Lebon, p. 566 ; — 7 déc. 1847, Lebon, p 677 ; — Irresponsabilité résultant d'actes d'autorité : Conseil d'État, 11 mai 1854, D 54-3-60 ; — 15 mai 1856, D. 57-3-2 ; 18 août 1857, D. 58 3-36 ; — 24 mai 1860, D. 60-3-41 ; — 9 mai, 6 juin, 8 août 1873, D. 74-3-9.

(2) Conflits, 8 févr 1873, D 73-3 20, S 73-2 153.

(3) Voir séance du 21 mars 1906 de la Société générale des prisons, dans la *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 515.

anciens errements ; nous ne citerons que quelques exemples : un gouverneur de colonie expulse illégalement un colon (1), un département autorise un tramway concurrençant un chemin de fer déjà concédé (2), un arrêté ministériel refuse à un particulier l'autorisation d'exploiter sur son fonds une source d'eau minérale (3). Voilà des actes d'autorité n'entraînant pas la responsabilité de l'Etat.

Les actes de gestion, au contraire, et d'une façon générale, entraînent la responsabilité de l'Etat ; pourtant, le Tribunal des Conflits a tenu, dans tous les arrêts portant sur des actes de gestion, à spécifier que « la responsabilité qui peut incomber à l'Etat pour les dommages causés aux particuliers par le fait des personnes à son service dans l'accomplissement de leurs fonctions publiques, n'est ni générale, ni absolue, qu'elle a ses règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'Etat avec les intérêts privés » (4).

Cette idée est extrêmement dure pour les intérêts particuliers, mais il faut bien reconnaître que sauf l'arrêt Blanco, on ne peut guère en citer d'autres où la raison d'Etat ait passé avant l'équité.

---

(1) Cons. d'État, 12 déc. 1884, D. 86-3-54.

(2) Cons d'État, 13 janv. 1894, Lebon, p. 21.

(3) Cons. d'État, 23 juin 1882, D 84-3-2.

(4) Cet attendu est répété dans tous les arrêts du Tribunal des conflits depuis l'affaire Blanco pour les questions de responsabilité de l'État.

Le 29 mai 1903, le Conseil d'Etat a admis la responsabilité de l'Etat dans le cas suivant : Le sieur Le Berre, sergent-major, avait été cassé deux fois. Le ministre de la Guerre, reconnaissant que ces deux cassations avaient été illégales, les annule. Le sieur Le Berre réclama une indemnité devant le Conseil d'Etat, pour préjudice moral à lui causé. Le Conseil d'Etat ne lui accorda pas d'indemnité, mais approuva l'acte du ministre qui avait prescrit le rappel des diverses allocations auxquelles le requérant aurait eu droit s'il avait été en activité. De plus, le ministre avait réparé le préjudice moral par l'attribution de la médaille militaire, et la nomination comme officier de réserve (1). En somme, l'obligation pour l'Etat de réparer le préjudice causé était admise, et c'est ce qu'il est important de retenir.

On a encore admis la responsabilité de l'Etat à propos de l'affaire Tomaso Grecco (2) ; voici les faits : le 15 janvier 1901, à Souk-el-Arba (Tunisie), un taureau furieux parcourait les rues de la ville ; un brigadier et deux gendarmes tirent sur l'animal et le tuent ; mais une balle perdue atteint le sieur Tomaso Grecco, à travers la porte de sa maison et le blesse grièvement. Le sieur Grecco soutient que cette blessure lui a été faite par un coup de feu que le gendarme Mayrigue a tiré mal-

---

(1) Conseil d'État, 29 mai 1903, D. 1904-3-89.

(2) S. 1905-3-113 (voir note de M. Hauriou), D. 1906-3-81 (voir conclusions de M. Romieu).

gré l'ordre de son brigadier. Il poursuit le gendarme pour faute personnelle. Le conflit, élevé, est validé. Le sieur Grecco poursuit alors l'Etat, responsable de la faute de son agent. Le ministre de la Guerre soutenait que les actes de police et les conditions d'exécution des mesures de police ne peuvent, en aucun cas, engager la responsabilité de l'Etat ; que, d'ailleurs, en fait, la demande n'était pas fondée, attendu qu'il n'était pas prouvé que la blessure ait été faite par le coup de feu du gendarme Mayrigue.

M. Romieu, commissaire du Gouvernement, présenta des conclusions remarquables dans lesquelles il refute la thèse de l'irresponsabilité de l'Etat, mais, en fait, il conclut au rejet de la requête parce qu'il n'était pas prouvé que ce soit le gendarme qui ait blessé le sieur Tomaso Grecco. Le Conseil d'Etat se rangea à ses avis et repoussa la demande parce qu'il n'était pas prouvé « que l'accident puisse être attribué à une faute du service public, dont l'administration serait responsable. » Ainsi que le fait remarquer M. Hauriou, les mots « faute du service public » sont mal choisis. Mais, pour nous, cette rédaction, quoique manquant de clarté, n'est pourtant pas sans valeur ; il faut entendre « faute fonctionnelle d'un agent, imputable au service public lui-même. » (1)

---

(1) Ce qu'il y a de plus important dans cet arrêt, c'est que, pour la première fois, le Conseil d'Etat renonce à sa formule : « Attendu que l'acte n'est pas de nature à enga-

La responsabilité de l'Etat fut encore admise par le Conseil d'Etat, le 17 février 1905, dans l'affaire Auxerre (1), et le 5 janvier 1906 dans l'affaire Cornu (2).

Enfin, tout à fait dans ces derniers temps, le Conseil d'Etat a continué à soutenir sa théorie dans l'affaire suivante : Le 7 février 1905, à Saint-Denis, le sergent de ville Debry poursuivait un malfaiteur. Il heurta et renversa un passant, le sieur Pluchard, qui se cassa le col du fémur. L'administration lui refusa toute indemnité, en objectant que l'accident était dû à la maladresse personnelle de l'agent Debry. Le sieur Pluchard s'adressa alors au Conseil d'Etat, qui lui donna raison, reconnaissant l'existence d'une « faute du service public, engageant la responsabilité de l'Etat » (3).

En somme, la théorie à laquelle nous nous sommes ralliés et qui semble être celle de la jurisprudence de ces dernières années, est la suivante : Si le fonctionnaire, en accomplissant un acte de sa fonction (peu importe que ce soit un acte de gestion ou un acte d'autorité), a commis une faute fonctionnelle, l'Etat sera tenu de réparer le dom-

---

ger la responsabilité pécuniaire de l'Etat. » La jurisprudence nouvelle est ainsi annoncée.

(1) S., 1905-3-114 ; D., 1906-3-82.

(2) D., 1906-3-84.

(3) Journal *Le Temps*, 30 décembre 1909.

mage né pour un particulier de la faute de son agent. Si, au contraire, la faute commise a été une faute personnelle, le fonctionnaire sera responsable.

C'est la théorie la plus simple et que nous croyons la plus juridique.

CONCLUSION

En arrivant au terme de cette étude, il serait intéressant de tourner les yeux vers l'avenir, pour savoir quel sera le sort de la responsabilité civile des fonctionnaires. A ce sujet, hier pourra nous répondre de demain : en étudiant le processus d'après lequel se sont développées les responsabilités de l'Etat et des fonctionnaires, nous pourrons savoir vers quoi nous tendons.

La simple équité exige que lorsque un particulier est lésé par un acte d'un fonctionnaire agissant en tant que fonctionnaire, c'est-à-dire au nom de l'Etat, la simple équité exige que le dommage soit réparé soit par le patrimoine de l'Etat, soit par le patrimoine du fonctionnaire. Ces deux responsabilités sont complémentaires, elles doivent être établies l'une près de l'autre pour assurer les particuliers que leurs intérêts ne seront aucunement lésés.

Plus est perfectionné l'Etat, mieux est garanti le respect des droits particuliers : si nous envisageons les trois sortes d'activité étatique, c'est-à-dire l'activité administrative, l'activité judiciaire et l'activité législative, nous voyons que, primiti-

ADDENDUM

Au moment où cet ouvrage était déjà imprimé, le Tribunal des Conflits a eu à statuer dans le cas suivant, et cet arrêt, rapporté par le journal « Le Temps », du 29 avril 1910, est intéressant à retenir comme application de la théorie que nous avons adoptée, à la fois au sujet de la nature de l'acte administratif et de la responsabilité du fonctionnaire dans le cas d'ordre supérieur.

On sait qu'aux termes de la loi de séparation et du règlement d'administration publique du 16 mars 1906, les cloches des églises peuvent servir à des sonneries civiles dans le cas de péril commun exigeant un prompt secours, ou dans les circonstances prévues par des lois spéciales ou des usages locaux. Un maire qui ferait sonner les cloches en cas de péril commun, sans que ce danger nécessite une telle mesure, commettrait une faute légère qui n'engagerait pas sa responsabilité. Mais le maire de Grancey-sur-Ourne fit sonner les cloches de l'église pour un enterrement civil : l'abbé Piment, desservant de la paroisse, l'assigna pour ce fait. Le préfet présente un déclinatoire de compétence ; le Tribunal passe outre ; le Tribunal des Conflits est saisi

Le Tribunal des Conflits a jugé que si le maire avait pris un arrêté pour faire sonner les cloches en cas d'enterrement civil, c'aurait été là un acte administratif, hors de la compétence des tribunaux civils, et n'engageant pas la responsabilité civile de son auteur. Mais tel n'est pas le cas : aucun arrêté dans ce sens n'avait été pris. Dès lors, l'ordre de faire sonner des cloches constitue une simple voie de fait, ou tout au moins un fait personnel engageant la responsabilité civile du maire.

Le sonneur, cantonnier communal, n'ayant fait qu'exécuter en sa qualité d'agent communal les ordres donnés par le maire, a été jugé n'avoir commis aucune faute personnelle ; il sera donc irresponsable.

vement, il n'y avait ni responsabilité de l'Etat, ni responsabilité des fonctionnaires, dans aucune de ces trois branches des services publics.

La responsabilité des fonctionnaires a paru la première, mais non pas également dans les trois modes d'activité.

Dans les services administratifs, les fonctionnaires ont été bientôt responsables civilement et leur responsabilité tend sans cesse à s'accroître. A l'heure actuelle, ils sont responsables de leurs fautes personnelles, c'est-à-dire de leurs fautes ayant comme origine un défaut de leur nature d'homme ; ils sont irresponsables de leurs fautes fonctionnelles, c'est-à-dire ayant comme origine un défaut de leur qualité de fonctionnaires. C'est l'Etat qui sera responsable dans ce cas, et on peut dire qu'à l'heure actuelle, les particuliers sont complètement garantis dans le cas où ils seraient lésés par l'acte d'un fonctionnaire administratif. Mais on n'est pas arrivé là d'emblée. Primitivement, le fonctionnaire administratif était irresponsable ; sa responsabilité a paru pour ses fautes personnelles ; puis, plus tard, celle de l'Etat pour les fautes fonctionnelles. Et celle-ci a paru d'abord pour les actes de gestion ; il y a très peu d'années seulement, depuis 1903 (spécialement depuis l'arrêt Le Berre), que l'Etat a été reconnu responsable par la jurisprudence, pour les fautes fonctionnelles de ses agents, commises à propos d'actes de puissance publique.

On est moins avancé, et les particuliers sont

moins garantis dans le domaine de l'activité judiciaire : en effet, les magistrats sont moins rigoureusement responsables que les fonctionnaires de l'ordre administratif : ils sont garantis par une série de difficultés qui empêchent toute attaque. La prise à partie qui est théoriquement un moyen d'attaquer les magistrats, est en réalité un moyen de les défendre. Néanmoins, il serait puéril de nier qu'un mouvement grave se dessine dans la doctrine pour tendre à rendre réellement responsables de leurs fautes les juges. Il est probable, et il est à souhaiter, qu'une loi interviendra dans un avenir prochain pour mettre à la charge des fonctionnaires de l'ordre judiciaire une responsabilité civile plus sérieuse, semblable à celle des fonctionnaires administratifs, qui sera une assurance de zèle et de droiture.

A côté de cette responsabilité (des plus restreintes) des magistrats, est née, il y a peu d'années, celle de l'Etat. Jusqu'à 1895, la collectivité ne répondait pas des dommages résultant pour les particuliers d'erreurs judiciaires ; la loi du 8 juin 1895 a mis à la charge de l'Etat les indemnités à allouer aux particuliers qui seraient ainsi lésés.

Enfin, au point de vue de l'activité législative de l'Etat, nous en sommes encore à la période primaire : les députés et les sénateurs sont pleinement irresponsables pour leurs actes faits dans l'exercice de leurs fonctions : discours et votes.

Quant à l'Etat agissant en tant que législateur, il est, lui aussi, irresponsable de ses actes, les fai-

sant dans l'intérêt de tous. Les intérêts particuliers sont sacrifiés aux intérêts généraux.

Peut-être n'est-il pas exagéré de prévoir un avenir plus ou moins lointain où la collectivité réparera les dommages causés par tous ses actes aux intérêts particuliers. Ce jour-là, il est probable que les fonctionnaires seront, eux aussi, responsables de leurs actes mauvais, quelle que soit la branche des services de l'Etat où s'exerce leur activité.

Nous croyons que le processus suivi jusqu'ici par la responsabilité de l'Etat et par celle de ses agents, nous répond de ce demain où les intérêts particuliers seront complètement garantis par le patrimoine collectif et par celui des fonctionnaires.

Montpellier, le 12 avril 1910
Vu, le Doyen de la Faculté de Droit,
VIGIÉ.

Montpellier, le 12 avril 1910
Vu, le Président de la thèse,
M. MOYE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Montpellier, le 12 avril 1910
Le Recteur,
Ant. BENOIST.

BIBLIOGRAPHIE (1)

Amiot. — Responsabilité civile des instituteurs (Thèse, Aix, 1898).

Anson (William R.-). — The law and custom of the constitution (Oxford, Clarendon Press, 2 volumes, 1892-1896).

Traduction par M. Gandilhon, sous le titre : « La loi et la pratique constitutionnelle de l'Angleterre, tome I, Le Parlement ; tome II, La Couronne. Bibliothèque internationale de droit public, publiée sous la direction de MM. Boucard et Jèze, Paris, Giard et Brière, 1903 et 1905.

---

(1) Pour l'étude du droit comparé, nous nous sommes inspirés du mot de M. Berthélemy à la Société générale des prisons : « Vous faites, en lisant les textes étrangers, comme celui qui apprécierait le droit de la France par la seule lecture du décret de 1870. Celui qui se bornerait à cette lecture ne pourrait-il pas s'imaginer que les choses se passent en France comme en Angleterre ? Vous savez qu'il n'en est pas ainsi. » (*Revue pénitentiaire*, 1906, p. 417). Pour éviter les erreurs provenant de la seule lecture des textes et de l'ignorance de la jurisprudence, nous nous sommes adressés aux maîtres du droit administratif des divers pays à qui nous avons demandé : 1° leur avis sur

Aristote. — Politique, II, 6, §§ 14 à 18, et II, 8, §§ 1 et 2.

Artur. — Séparation des pouvoirs et séparation des fonctions (Revue de droit public, 1900).

Aubry et Rau. — Cours de droit civil, tome IV, 4e édition (Paris, Marchal, 1869).

Aucoc. — Conférences sur le droit administratif, 3 volumes (Paris, Durand, 1878-1882, 2e édition).

d'Avenel (vicomte George). — L'extension du fonctionnarisme depuis 1870 (Revue des Deux-Mondes, 1er mars 1888).

Bailby. — De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers (Thèse, Bordeaux, 1901).

Balicki. — L'Etat, comme organisation coercitive de la société politique (Bibliothèque sociologique internationale, Paris, Giard et Brière, 1896).

Baluze. — Capitularia regum Francorum ; additœ sunt Marculphi Monachi et aliorum for-

---

la meilleure solution à adopter dans le problème de la responsabilité civile des fonctionnaires ; 2° la solution adoptée dans leur pays. Nous tenons à remercier ici MM. A. V. Dicey, professeur à l'Université d'Oxford ; Hilty, professeur à l'Université de Berne ; Bernatzick, professeur à l'Université de Vienne ; L. de Hartog, professeur à l'Université d'Amsterdam ; Pedrosa, professeur à l'Université de Coïmbre ; O. Mayer, professeur à l'Université de Leipzig ; Morgenstierne, professeur à l'Université de Christiania. Grâce à eux nous avons pu réunir des renseignements précis et sûrs. Nous les en remercions encore.

mulæ veteres et notæ doctissimorum, virorum. Steph. Baluzius in unum collegit, emendavit, notis illustravit ;. Nova editio (Paris, Quillau, 1780). 2 volumes.

Bannister. — De la responsabilité des fonctionnaires publics en Angleterre (Revue étrangère, [alias, Revue Fœlix], tome II, année 1835, p. 129).

Barthélemy. — Essai d'une théorie des droits subjectifs des administrés dans le droit administratif français (Thèse, Toulouse, 1899).

Barthou. — Consultation sur les syndicats des fonctionnaires, écrite en 1904 et publiée par « Le Journal » du 9 mai 1909.

Batbie. — Traité théorique et pratique de droit public et administratif, 7 volumes (Paris, Larose et Forcel, 1885-1894).

— Précis du cours de droit public et administratif (Paris, Cotillon, 1876, 4e édition).

Bauchet. — La responsabilité de l'Etat dans le service public des postes, télégraphes, téléphones (Thèse Paris, 1907).

Baumes. — Responsabilité des conservateurs des hypothèques (Thèse, Montpellier, 1899).

Bavoux. — Traité des conflits ou des empiètements de l'autorité administrative sur l'autorité judiciaire. (Paris, 1828, 2 volumes).

Bazille. — De la responsabilité pécuniaire de l'Etat, par le fait de ses agents (Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, 1880, tome III).

Béquet et Laferrière. — Répertoire de droit administratif, V^is^ Fonctionnaire public et instituteur.

Bernard (Emilien). — De la responsabilité personnelle des fonctionnaires administratifs dans leurs rapports avec les particuliers (Thèse Bordeaux, 1909).

Bernard (Paul). — De la responsabilité des fonctionnaires publics, sous l'empire du décret du 19 septembre 1870 (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1876, 1877 et 1878, tomes XLIII, XLIV et XLV).

Bernardbeig. — Responsabilité civile des instituteurs (Revue universitaire, 1896).

Berthélemy. — Traité élémentaire de droit administratif (Paris, Rousseau, 1908, 5^e^ édition).

— Les poursuites contre les fonctionnaires pour actes accomplis à l'occasion de leurs fonctions (Revue générale d'administration, 1898, tome I, p. 5 et s.), ou en tirage à part, chez Berger-Levrault, Paris, 1898, 16 pages.

Beurdeley. — De la responsabilité des instituteurs (Revue universitaire, 15 décembre 1896, p. 470).

Blanche. — Poursuites contre les fonctionnaires publics (Journal « Le Droit », 24 janvier 1875).

— Dictionnaire général d'administration, V^o^ Fonctionnaire public.

Bleuzy. — Le fonctionnarisme dans l'Etat (Revue des Deux-Mondes, 15 septembre 1871).

Block. — Dictionnaire de l'administration française, V° Fonctionnaire public.

Bluntschli. — Théorie générale de l'Etat (Traduction Riedmatten, Paris, Guillaumin, 2e édition, 1881).

— Rapport au sixième congrès des juristes allemands (1864), (Verhandlungen des VIten juristentags, tome I, p. 45).

Bonnard. — De la répression disciplinaire des fautes commises par les fonctionnaires publics (Thèse, Bordeaux, 1903).

Bonnin. — Principes d'administration publique (Paris, 1812).

Boucherie-Lefer. — Quel est le véritable objet du droit administratif ? (Revue pratique du droit français, tome XVI, p. 108).

Bouchié de Belle. — La responsabilité des fonctionnaires et le principe de la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire (Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, 1880, p. 406).

Boulen. — De la responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs autres que les ministres (Thèse, Rennes, 1902).

Boullaire. — De la liberté individuelle et de la responsabilité des fonctionnaires publics (Paris, secrétariat général des droites, 1889, 54 pages).

Bourguignon. — De la responsabilité des institu-

teurs au point de vue du droit civil (Thèse, Paris, 1908).

Brémond. — Séparation des pouvoirs ; compétence en matière de responsabilité des fonctionnaires (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1892).

— Compétence administrative des actes de gouvernement (Revue du droit public, 1896).

Brown. — Stephen's commentaries on the laws of England, tome III (13e édition, 1899).

Burckhardt. — Kommentar des Schweitzerischer Bundesverfassung (Bern, Stämpfli, 1909).

Cabantous. — Répétitions écrites sur le droit administratif ; 5e édition (Paris, Marescq, 1873).

Carlier. — La République américaine des Etats-Unis, tomes III et IV (Paris, Guillaumin, 1890).

Casimir-Périer. — L'article 75 de la Constitution de l'an VIII sous le régime de la Constitution de 1852 (Paris, Le Chevalier, 1867).

de Chabert-Ortland. — Contribution à l'étude des voies de fait en droit administratif. (Agissements matériels des agents administratifs constituant des voies de fait et leurs conséquences) (Thèse, Lille, 1907).

Chambauduc de Saint-Fulgens. — Responsabilité de l'Etat (Thèse Paris, 1910).

Chante-Grellet et Pichot. — Traité des fonctionnaires publics.

Chardon. — L'administration de la France ; les fonctionnaires (Paris, Perrin, 1908).

Chauveau. — Principes de compétence et de juridiction administrative (Paris, Cotillon et Durand, 2 volumes, 1841 et 1843).

Clémenceau et Cruppi. — Propositions de lois relatives aux garanties de la liberté individuelle (Revue pénitentiaire, 1905, p. 364).

Clos. — De la responsabilité des ministres (Thèse Paris, 1886).

Colmeiro. — Derecho amministrativo, t. I

Constant (Benjamin), Cours de politique constitutionnelle (2e édition, 1872. Paris, Guillaumin, 2 volumes).

de Cormenin. — Droit administratif (2 volumes, Paris, Pagnere, 1840).

Cucheval-Clarigny. — Les fonctionnaires et le budget (Revue des Deux-Mondes, 15 août 1887).

Dalloz. — Répertoire, Vis Fonctionnaire public. Mise en jugement, Prise à partie.

Dailly. — De la responsabilité des personnes morales publiques à raison des actes de leurs agents (Thèse Paris, 1905).

Dareste. — Les Constitutions modernes, 2 volumes (Paris, Challamel, 1883).

— La justice administrative en France, ou traité du contentieux de l'administration (Paris, Durand, 1862).

Delafont. — De la responsabilité des fonction-

naires publics devant les tribunaux (Agen, 1882).

Delaire. — Responsabilité des membres de l'enseignement public ; loi du 20-25 juillet 1899 (Thèse, Paris, 1903).

Demartial. — Sur la condition juridique des fonctionnaires (Revue générale d'administration février 1907).

Demolombe. — Cours de Code Napoléon, tome XXXI (Paris, Pedone-Lauriel, 1874-1885).

Depaule. — Etude historique sur la responsabilité des fonctionnaires publics (Thèse, Toulouse, 1902).

Déroulède. — De la prise à partie (Thèse, Bordeaux, 1895).

Dicey. — Introduction à l'étude du droit constitutionnel (traduction de A. Batut et J. Jèze. Bibliothèque internationale de droit public, Paris, Giard et Brière, 1902).

Drouille. — Le pouvoir disciplinaire sur les fonctionnaires publics (Thèse, Toulouse, 1900).

Ducrocq. — Cours de droit administratif, 5e édition, 2 volumes (Paris, Thorin, 1877).

— Traité de droit administratif, 7e édition, 7 volumes (Paris, Fontemoing, 1898).

Dufour. — Traité général de droit administratif appliqué, 4 volumes (Paris, Marchal et Billard, 1868-1901).

Duguit. — L'Etat ; 1er volume : Le droit objectif et la loi positive ; 2e volume : Les gouver-

nants et les agents (Paris, Fontemoing, 1901 et 1903).

— Manuel de droit public : I. Droit constitutionnel (Paris, Fontemoing, 1907).

Echallier. — Responsabilité des membres de l'enseignement public (Thèse Grenoble, 1900).

Elvers et Benders. — Verantwortlichkeit (Allgemeine juridische Zeitung, 1828).

Emion. — La responsabilité des fonctionnaires et les droits des citoyens (Paris Berger-Levrault, 1880).

Errera. — Traité de droit public belge (Bibliothèque internationale de droit public, Paris, Giard et Brière, 1909).

Esmein. — Eléments de droit constitutionnel français et comparé, 5e édition (Paris, Larose et Tenin, 1909).

Fabars. — Responsabilité des instituteurs (Thèse Paris, 1898).

Fontaine. — Recrutement des juges, contribution à l'étude de la fonction publique (Thèse, Lille, 1905).

C. de Franqueville. — Institutions politiques, judiciaires et administratives de l'Angleterre, 2e édition (Paris, Hachette, 1864).

— Système judiciaire de la Grande-Bretagne, 2 volumes (Paris, Rotschild, 1893).

Freund. — Die Verantwortlichkeit der Beamten für die Gesetzmässigkeit ihrer Amtshandlungen nach dem Rechte des deutschen Reiches und der grösseren Gliedstaaten dessel-

ben (Archiv. für öffentliches Recht, t. I, p. 108 et s., 305 et s.).

Fromageot. — De la faute comme source de responsabilité en droit privé (Paris, Rousseau, 1891).

Fuzier-Herman. — Répertoire, v° Fonctionnaire public.

— La séparation des pouvoirs d'après l'histoire et le droit constitutionnel comparé (Paris, Marescq, 1880).

Germain. — Le droit de syndicat et le droit de grève des fonctionnaires publics (Thèse, Paris, 1907).

Geser. — Die civilrechtliche Verantwortlichkeit der Beamten (Fribourg, 1899).

Giron. — Droit public de la Belgique (Bruxelles, Manceaux, 1884).

Glasson. — Observation sur le décret du 19 septembre 1870 (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1873-1874).

M. de Golbéry. — De la responsabilité des ministres dans les différents Etats constitutionnels de l'Europe (Revue étrangère et française, 1835).

Goodnow. — Principes du droit administratif des Etats-Unis. Traduction de A. et G. Jèze (Bibliothèque internationale de droit public. Paris, Giard et Brière, 1907).

Grangé. — Les doctrines politiques du parti républicain à la fin du second empire (Thèse, Bordeaux, 1903).

A. Guérin. — Responsabilité des magistrats publics (Thèse, Paris, 1883).

H. Guérin. — Responsabilité civile des fonctionnaires administratifs envers les particuliers (Thèse Grenoble, 1895).

Hauriou. — Précis de droit administratif et de droit public, 6e édition (Paris, Larose et Tenin, 1907).

— Principes de droit public (Paris, Larose et Tenin, 1910).

— De la responsabilité comme élément de la réalité sociale (Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, 1898, p. 5 et s., p. 119 et s.).

Hélie. — De la responsabilité des ministres au point de vue des réparations civiles (France judiciaire, tome VI, p. 42).

F. de Holtzendorff. — Principes de la politique, introduction à l'étude du droit public contemporain. Traduction Lehr (Hamburg, 1887).

Inquimbert. — De la responsabilité pénale et civile des ministres (Thèse Paris, 1891).

Isambert. — Recueil général des anciennes lois françaises, 30 volumes (Paris, Belin-Leprieur et Verdière, 1822-1833).

Jacquelin. — Principes dominants du contentieux administratif (Paris, Giard et Brière, 1899).

Jannet. — Les Etats-Unis contemporains, tome 1 (Paris, Plon, 1889).

Jannot. — De la responsabilité civile par suite de l'abus du droit. (Thèse Dijon, 1906).

Jellinek. — System der subjectiven öffentlichen Rechte (Fribourg, Mohr, 1892).

Jenks. — Esquisse du gouvernement local en Angleterre. Traduction Wilhelm, Bibliothèque internationale de droit public (Paris, Giard et Brière, 1902).

Jèze. — Note sous un article de M. Rolland sur la responsabilité civile des instituteurs (Revue du droit public, tome XXV, numéro 3, juillet-août-septembre, 1908, p. 529).

— Responsabilité personnelle des instituteurs publics (Revue du droit public, tome XXV, numéro 2, avril-mai-juin 1908, p. 272).

— Consultation dans l'affaire Desreumeaux contre de Lartigue, Lambin, sur la responsabilité personnelle des agents militaires (Lille, Bécour, 1909).

— Principes généraux du droit administratif.

Kammerer. — La fonction publique d'après la législation allemande (Thèse, Paris, 1899).

Kanngiesser. — Reichsbeamtenrecht.

Kissling. — Rapport au 8e congrès des juristes allemands (1868), (Verhandlungen des 8ten juristentags, tome I, p. 389).

Kress. — Dissertatio juridica de jure officiorum et officialum (Helmstadt, 1732).

Laband. — Le droit public de l'empire allemand, tome II. Traduction Gandilhon et Lacurie.

Bibliothèque internationale de droit public (Paris, Giard et Brière, 1901).

Labiche. — De la responsabilité instituée par l'article 1384 du Code civil (Thèse, Poitiers, 1881).

Laboulaye. — Essai sur les lois criminelles des Romains concernant la responsabilité des magistrats (Paris, Durand, 1845).

Lacanal. — De la responsabilité des fonctionnaires publics envers les particuliers (Revue générale d'administration, janvier 1884, p. 32).

Lacoin. — Rapport fait à la Société générale des prisons (séance du 21 février 1906) sur la procédure à organiser pour rendre efficace la responsabilité des magistrats et fonctionnaires à raison de leurs fautes personnelles (1) (Revue pénitentiaire, 1906, p. 396 et s.).

F. Laferrière. — Cours de droit public et administratif, 4e édition (Paris, 1854-1858).

E. Laferrière. — Traité de la juridiction adminis-

---

(1) A la suite de ce rapport une discussion eut lieu où l'on entendit successivement, MM. Berthélemy (voir *Revue pénitentiaire*, 1906, p. 412), Cuche (p. 504), Gourju (p. 506), Picot (p. 514), Berthélemy (p. 516), Tarbouriech (p. 520), Leloir (p. 521), Le Poittevin (p. 529), Lacoin (p. 533), Berthélemy (p. 534), Eisenmann (p. 535), Chenu (p. 654), Larnaude (p. 656), Garçon (p. 614), Picot (p. 678), Jolly (p. 682), Morizot-Thibault (p. 688), Honnorat (p. 691), Mourral (p. 696), Granier (p. 697), Gigot, président (p. 702)

trative, 2 volumes (Paris, Berger-Levrault, 1887).

Lamache. — Des effets du décret du 19 septembre 1870 (Le Contemporain, 1870).

Lansac. — Les fonctionnaires (Revue socialiste, avril, mai, juin, juillet 1909).

Larombière. — Traité des obligations, tome VII, article 1384 (Paris, Durand, 1857).

Laurent. — Principes du droit civil, tome XX, n° 418 et s., 590 et s.

Le Poittevin. — Les indemnités en cas d'erreurs judiciaires (Revue pénitentiaire, 1895).

Leca. — Excès de pouvoir en matière judiciaire (Thèse, Bordeaux, 1902).

Lefournier. — De la responsabilité de l'Etat considéré comme puissance publique à l'égard des tiers (Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, 1894, tome II, p. 257).

Lespinasse. — De la prise à partie (Revue critique de législation et de jurisprudence, 1880).

Loning. — Die Haftung des Staast aus rechtswidrigen Handlungen seiner Beamten, nach deutschen Privat-und Staatsrecht (Frankfurt am Mein, Rütten und Löning, 1879). — Lehrbuch des Deutsches Verwaltungsrecht, p. 771 et s. (Leipzig, Breitkopf und Härtel 1884).

Macaigne. — Le fonctionnarisme et les syndicats de fonctionnaires (Thèse, Paris, 1907).

Mandrette. — Les instructions des supérieurs hiérarchiques en droit administratif (Thèse Paris, 1908).

Marcadé. — Explication du Code civil, tome V (Paris, Cotillon, 1863).

Massonié. — De la compétence des tribunaux judiciaires à l'égard des fonctionnaires de l'ordre administratif (Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence, 1902).

Mayer. — Droit administratif allemand, tomes I et IV. Traduction par l'auteur, Bibliothèque internationale de droit public (Paris, Giard et Brière, 1903-1906).

Merlin. — Répertoire, voir Garanties des fonctionnaires.

Mestre. — Les personnes morales et le problème de leur responsabilité pénale (Thèse Paris, 1899).

Meucci. — Institut di diritto amministrativo (Turin, 1892).

— Della responsabilita indiretta delle amministrazione publiche (Archivio giuridico, tome XXI, p. 341 et s.).

Miceli. — Le Guarantigie dei funzionnari publici (Catane, 1897).

Michoud. — De la responsabilité des communes à raison des fautes de leurs agents (Revue du droit public, 1897).

— De la responsabilité de l'Etat à raison des

fautes de ses agents (Revue du droit public, 1895).

— La notion de la personnalité morale (Revue du droit public, 1899).

Molinier. — Mémoire sur l'abrogation de l'article 75 de la constitution de l'an VIII (Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, 1870).

Mommsen. — Le droit public romain, 1re partie : la magistrature. Traduction Girard.

A. de Monzie. — Les réformes scolaires (Paris, Stock, 1907).

Moreau. — Droit administratif (Paris, Fontemoing).

Morizeau-Thibault. — Rapport fait à l'Académie des sciences morales et politiques, sur la responsabilité des magistrats (1) (Recueil de l'Académie des sciences morales et politiques, 1905, tome I).

Nézard. — Théorie juridique de la fonction publique (Thèse, Paris, 1901).

— Les principes généraux du droit disciplinaire (Thèse, Paris, 1903).

Pagès. — Responsabilité des magistrats et officiers de police judiciaire en matière de violation

(1) A la suite de ce rapport eut lieu une discussion des plus intéressantes, à laquelle prirent part entre autres MM. Glasson (*Recueil de l'Académie des Sciences morales et potitiques*, 1905, p. 595), Esmein (p. 597), Ribot (p. 600), E. de Franqueville (p. 603), Esmein (p. 610), Picot (p. 615).

de la liberté individuelle (Thèse, Toulouse, 1907).

Pascaud. — De la responsabilité de l'Etat envers les particuliers, dans les services étrangers à la puissance publique (Mémoire présenté au congrès des Sociétés savantes, le 7 juin 1900. (Revue générale du droit de législation et de jurisprudence, 1900).

Perreau. — Responsabilité envers les particuliers des fonctionnaires administratifs autres que les ministres (Thèse, Bordeaux, 1894).

— Responsabilité des instituteurs (Revue critique, 1906, p. 310).

Perrinjacquet. — Responsabilité des communes en matière de police (Thèse, Bordeaux, 1905).

Perriquet. — Traité des contrats de l'Etat (Paris, Marchal et Billard, 1890).

— L'état des fonctionnaires.

Petel. — Responsabilité du ministère public et des officiers de police judiciaire (Thèse Paris, 1901).

Picot. — Responsabilité de l'Etat du fait de ses préposés (Thèse, Paris 1900).

Pinheiro-Ferreira. — De la responsabilité des ministres dans les Etats constitutionnels (Revue étrangère et française, 1839).

Platon. — Les lois, livre XII.

Poitou. — La liberté civile et le pouvoir administratif en France (Paris, 1869).

Primker. — Rapport au 9e congrès des juristes al-

lemands (1869). (Verhandlungen des 9ten juristentags, tome III, p. 27 et 340).

Rabany. — La responsabilité civile des fonctionnaires en Italie (Revue générale d'administration, novembre 1897 et novembre 1900).

Rajon. — Responsabilité de l'administration du chef de ses agents (Thèse Lyon, 1906).

Rendu. — De la responsabilité des fonctionnaires (France judiciaire, tome V).

Renon. — De la responsabilité du conservateur des hypothèques (Thèse, Paris, 1901).

Rey. — De la responsabilité des agents du pouvoir et du droit de défense et d'indemnité des citoyens envers les agents du pouvoir (Paris, 1818).

Rhem. — Die rechtliche Natur des Staatsdientes.

Ribault. — La responsabilité des personnes publiques (Journal « Le Droit », 8 décembre 1904).

Ricol. — Les tendances du droit disciplinaire ; droit disciplinaire et droit pénal (Thèse, Toulouse, 1908).

Robert. — De la responsabilité pénale et civile des fonctionnaires de l'Etat (Thèse, Paris, 1877).

Roger. — Responsabilité civile de l'Etat (Thèse, Montpellier, 1900).

Roguin. — De la responsabilité des communes et de celle des fonctionnaires municipaux (Thèse, Paris, 1891).

Rolland. — Les instituteurs et les pères de fa-

mille (Revue du droit public, tome XXV, n° 1, janvier, février, mars 1908, p. 87).

— Les projets de lois sur les rapports entre instituteurs et pères de famille (Revue du droit public, tome XXV, n° 3, juillet, août, septembre 1908, p. 505).

Rousseau. — Contrat social, livre II, chapitre IV

Sanlaville. — De la responsabilité civile de l'Etat en matière de postes et télégraphes (Revue générale 1883, tomes II et III, 1886, tomes I, II, III.

Sant'Andréa. — La faute de service (Thèse, Paris, 1905).

Schenk. — Uber die Rechtverhältnisse der Staats diener (Allegemeine Polizei und justisfama, 815).

Sevestre. — Révision des procès criminels et indemnités à accorder aux victimes d'une erreur judiciaire (Thèse, Paris, 1899).

J. Simon. — La liberté, tome II.

Simonet. — Traité élémentaire de droit public et administratif (3e édition, Paris, Pichon, 1897).

Sourdat. — Traité de la responsabilité, tome II, numéros 1298 et s. (Paris, Marchal, 1876).

Sourdois. — De l'évolution, du fondement et de l'étendue de la responsabilité de l'Etat agissant dans l'exercice de la puissance publique (Thèse, Bordeaux, 1908).

Stosser. — Rapport au 6e congrès des juristes al-

lemands (Verhandlungen des 6ten deutschen juristentags, tome III, p. 55).

Teisseire. — Essai d'une théorie générale sur le fondement de la responsabilité (Thèse, Aix, 1901).

L. Thomas. — Etude de la loi des 20-25 juillet 1899 sur la responsabilité civile des membres de l'enseignement public (Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence, 1901 et 1902).

Tirard. — Responsabilité de la puissance publique (Thèse, Paris, 1906).

A. de Tocqueville. — De la démocratie en Amérique (Paris, Pagnère, 1848).

— L'ancien régime et la Révolution (Paris, Lévy, 1877).

Toullier. — Le droit civil français selon l'ordre du code (article 1384). (Paris, Cotillon et Renouard, sans date).

Touzet. — Des rapports hiérarchiques des agents de l'administration (Thèse, Bordeaux, 1904).

J. de Trémaudan. — De la mise en jugement des fonctionnaires et nécessité de compléter le décret-loi du 19 septembre 1870 (Journal « La Loi », 2 et 18 février 1881).

Vachelli. — La responsabilité ministérielle (Thèse, Paris, 1896).

Valère (Maxime). — Opera VI.

Vantroys. — Etude sur l'état des fonctionnaires (Thèse, Paris, 1899).

Vernadeau. — De la responsabilité des fonction-

naires de l'ordre judiciaire (Thèse, Paris, 1907).

Vivien. — Etudes administratives, 2e édition (Paris, Guillaumin, 1852).

Wertheimer. — Les syndicats de fonctionnaires (Thèse, Paris, 1907).

Westphal. — Deutsches Staatsrecht, 1784.

Willems. — Essai sur la responsabilité édictée par les articles 1382 à 1386 du Code civil (Revue générale de droit, de législation et de jurisprudence, 1895 et 1896).

Windscheid. — Lehrbuch den Pandecktenrecht (Stuttgard, Ebner und Seubert, 1879).

Xénophon. — République de Sparte, chap. VIII.

Zacchariœ. — Verantwortlichkeit der Beamten (Zeitschrift für Staatswissenschaft, 1863).

Ziegler. — Rapport au 9e Congrès des juristes suisses (Verhandlungen des 9ten schweizerischen juristenverein, 1888).

Recueils et Périodiques

Journal Officiel.

Revue générale du droit, de la législation et de la jurisprudence.

Revue du droit public.

Revue pratique du droit français.

Revue générale d'administration.

Revue critique de législation et de jurisprudence.

Revue étrangère et française (a cessé de paraître).

Revue universitaire.
Revue des Deux-Mondes.
Revue socialiste.
Revue pénitentiaire.
Recueil de l'Académie des sciences morales et politiques.
Recueil de l'Académie de législation de Toulouse.
Recueil des arrêts du Conseil d'Etat (Lebon).
Jurisprudence générale (Dalloz).
Jurisprudence générale (Sirey).
Pandectes françaises.
La Loi.
Le Droit.
France judiciaire.
Manuel général de l'instruction primaire.
Belgique judiciaire.
Archivio giuridico.
Archiv. für offentliches Recht.
Zeitschrift für Staatswissenschaft.

TABLE DES MATIÈRES

Introduction 5

PREMIÈRE PARTIE. — Principes Généraux

CHAPITRE PREMIER. — Généralités 7
§ Ier. — Qu'est-ce qu'un fonctionnaire ? . . . 7
§ II. — Diverses responsabilités auxquelles sont soumis les fonctionnaires. 13

CHAPITRE II. — Différentes façons de concevoir la responsabilité civile des fonctionnaires 17

Section Ire. — Responsabilité civile sans entraves. 18

1° Système anglais 23
2° Système américain 29
3° Système italien (pour les fonctionnaires autres que les préfets, sous-préfets et maires) 32
4° Système belge 33
5° Système suisse 38

Section II. — Irresponsabilité civile absolue . 42

§ Ier. — Les fonctionnaires de l'ordre administratif 50
1° Système autrichien 54
2° Système hollandais 56

§ II. — Les fonctionnaires de l'ordre judiciaire 57
Système anglais 59

Section III. — Système des garanties. . . . 61

§ I^er^. — Système préventif 63
1° Système italien (pour les préfets, sous-préfets et maires). 73
2° Système allemand 74
3° Système espagnol 78
§ II. — Système répressif 81
§ III. — Système basé sur la séparation des autorités 88

DEUXIÈME PARTIE. — Application en France des diverses doctrines sur la responsabilité civile des fonctionnaires.

CHAPITRE PREMIER. — Ancien droit 99

CHAPITRE II. — De l'an viii a 1870 110

Section I^re^. — Etude de l'article 75 de la Constitution de l'an VIII 110

§ I^er^. — Quels sont les fonctionnaires protégés? 111
§ II. — A raison de quels actes les fonctionnaires sont-ils protégés? 114

Section II. — Destinées de l'article 75 . . . 124

CHAPITRE III. — Décret du 19 septembre 1870. 134

Section I^re^. — Etude de la jurisprudence de 1870 à 1873. 141

Section II. — Etude de la jurisprudence depuis 1873 147
§ I^er^. — Peut-on élever le conflit? 148

§ II. — Quels sont les principes qui déterminent le tribunal des conflits? 156

A. — Qu'est-ce que l'acte administratif? 156

B. — Distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle. 164

a) La distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle basée sur la gravité de la faute. . . . 169

b) La distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle basée sur la distinction entre l'homme avec ses passions et le fonctionnaire avec ses erreurs 171

c) La distinction entre la faute personnelle et la faute fonctionnelle basée sur l'idée du but. 177

§ III. — Le fait pour un fonctionnaire d'avoir obéi à un ordre régulier donne-t-il à l'acte le caractère administratif?. 186

CHAPITRE IV. — Projets de lois postérieurs a 1870 199

§ I[er] — Projet Versigny 199
§ II. — Projet Bozerian et Hérold 201
§ III. — Projet Saint-Martin. 203

TROISIÈME PARTIE — Exceptions au principe général de la responsabilité civile des fonctionnaires.

CHAPITRE PREMIER. — Responsabilité civile des fonctionnaires de l'ordre judiciaire . . . 207

§ I[er] — Quels sont les magistrats que l'on peut prendre à partie? 212

§ II. — Garantie tirée du système préventif. 218
1° Nécessité d'obtenir une autorisation préalable. 218
2° Cas limitativement prévus pour lesquels on peut prendre les juges à partie. 220
§ III. Garantie tirée du système répressif. . 230
§ IV. Effets du décret du 19 septembre 1870 sur la prise à partie 232
§ V. Tendances modernes au sujet de la prise à partie 239

CHAPITRE II. — Responsabilité civile des membres de l'enseignement public 244

§ I. — Responsabilité directe des instituteurs. 244
1° A raison de voies de fait 249
2° A raison d'imprudences et de négligences. 252
3° A raison de leur enseignement . . . 255
§ II. Responsabilité indirecte des instituteurs. 268

CHAPITRE III. — Responsabilité civile des ministres 278

§ I. — Historique 282
§ II. — Etat actuel de la question. . . . 292

CHAPITRE IV. — Responsabilité des conservateurs des hypothèques. 297

Appendice. — Responsabilité de l'Etat pour faute de ses fonctionnaires 301

Conclusion 320

Bibliographie 324